Raúl Pariona Arana

Derecho penal

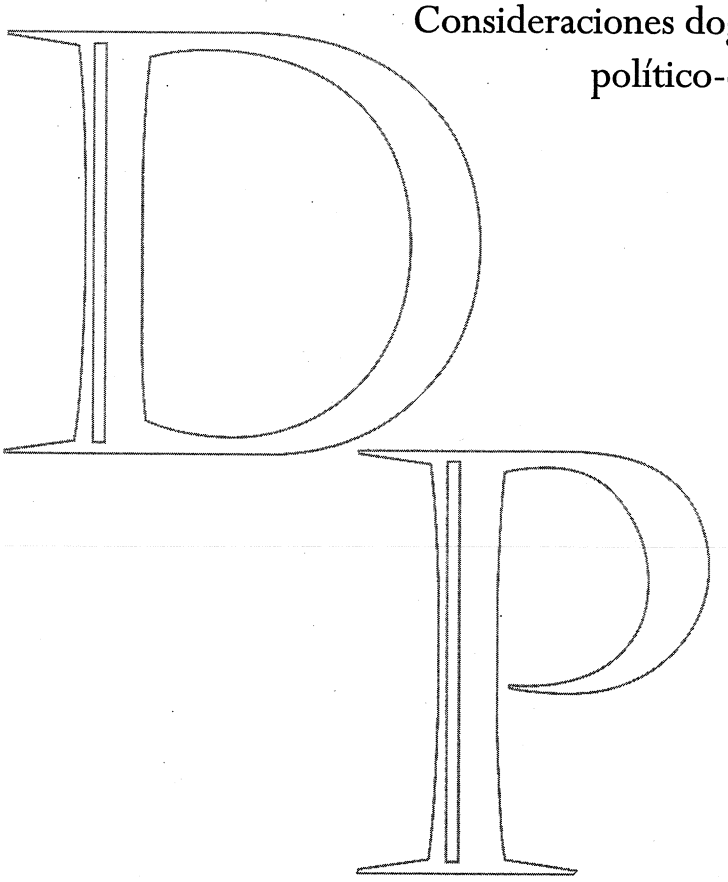
Consideraciones dogmáticas y político-criminales

INSTITUTO PACÍFICO

Raúl Pariona Arana

Derecho Penal

Consideraciones dogmáticas y político-criminales



Instituto Pacífico

INSTITUTO
PACÍFICO

DERECHO PENAL
Consideraciones dogmáticas y político-criminales

Autor:
Raúl Pariona Arana

Primera Edición - Octubre 2014

Copyright 2014
© Instituto Pacífico S.A.C.
© Raúl Pariona Arana

Diseño, diagramación y montaje:
Georgina Condori Choque
Ricardo De la Peña Malpartida
José Carrascal Quispe
Diego Camasca Borja

Edición a cargo de:
Instituto Pacífico S.A.C. - 2014
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 332-5766
E-mail: preprensa@aempresarial.com

Tiraje: 1 000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial: 11501051400939

ISBN: 978-9972-234-88-0

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°: 2014-14162

Impresión a cargo de:
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

Presentación

El presente libro reúne mis trabajos de los últimos siete años. Se trata de artículos que abordan distintos aspectos del Derecho penal, como son los fundamentos de legitimidad del Derecho penal moderno, la autoría mediata, los delitos de infracción de deber, el concurso aparente de delitos, la prescripción y otros temas de actualidad. Mi intención en la redacción de cada uno de ellos, más allá de la simple descripción de conceptos, ha sido abordar el problema o conjunto de problemas que entrañan el tratamiento de cada tema y, sobre todo, plantear y fundamentar una propuesta de solución propia. El lector sabrá juzgar si este propósito ha sido realizado con éxito.O

La idea que ha guiado la redacción de todos mis trabajos ha sido la de materializar una dogmática penal nacional que aborda los problemas jurídicos, teniendo en consideración el tenor de la norma penal nacional y atendiendo a la realidad social que le sirve de contexto. Es siguiendo esta pauta metodológica que la dogmática penal se torna en una dogmática penal práctica, que contribuye a la solución de los problemas que entraña la aplicación de la ley penal al caso concreto en el quehacer diario de nuestros tribunales de justicia.

El libro contiene quince artículos que son presentados siguiendo un orden temporal (del más reciente al más antiguo). Debo advertir que no se tratan de trabajos inéditos, ya que todos ellos han sido publicados anteriormente en diversos libros y revistas en Alemania, Brasil, España y Perú. La idea –sugerida por mi editor– de presentar en esta publicación el conjunto de mis trabajos me ha parecido oportuna, pues estos se encontraban dispersos en diversas publicaciones y, con el paso del tiempo, su búsqueda suponía toda una odisea, cada vez que algún alumno o colega me los solicitaba. Poder contar con todos los trabajos en un solo volumen, aliviará su búsqueda y será de fácil acceso para los lectores.

Quisiera anotar que, al emprender la tarea de reunir, revisar y corregir mis artículos para la presente publicación, he realizado, sin pro-

ponérmelo, un breve recuento de mi actividad académica de los últimos años, pudiendo notar cómo ha ido evolucionando mi interés científico por diversos temas de la dogmática penal. Así, mi artículo sobre el Derecho penal moderno se remonta a mi trabajo presentado bajo el título *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts* en el Seminario de Derecho penal del medio ambiente y económico dirigido por el Prof. *Bernd Schünemann* en julio del 2005, como parte de mis deberes académicos durante mis estudios de doctorado en la Universidad de Múnich. Mis trabajos sobre la autoría mediata por organización fueron redactados en un contexto de especial significado para nuestro país, debido a que el 6 de noviembre de 2005 se difundió a nivel internacional la noticia de que el expresidente peruano Alberto Fujimori había sido detenido en Chile en ejecución de las órdenes de captura internacional que pesaban sobre él por crímenes de *lesa humanidad.* En el marco del proceso de extradición y el posterior juicio se empezó a dicutir sobre la figura dogmática más adecuada para imputar responsabilidad penal a título de autor al expresidente. Así pues, dado que venía realizando mis estudios de doctorado en Alemania con mi maestro, el profesor *Claus Roxin*, y considerando que él era el fundador de la teoría de la autoría mediata por organización, decidí abordar el tema, estudiarlo y presentar una propuesta de solución para el caso peruano en distintos trabajos que aquí se presentan. En el caso de mi artículo sobre la teoría de los delitos de infracción de deber, se debió directamente a mi interés por presentar las ideas más relevantes de mi tesis doctoral defendida en Alemania en marzo de 2009 bajo el título *Täterschaft und Pflichtverletzung.*

Los demás trabajos, que fueron redactados ya a mi retorno al Perú, se deben al interés por diversos temas de relevancia práctica y que requerían un especial sustento doctrinario. Aquí cobra especial relevancia mis consideraciones sobre la institución de la prescripción penal y sus distintas manifestaciones que siempre me han parecido científicamente interesantes. Justamente uno de los trabajos que presento en este libro sobre la regla especial de prescripción contiene una propuesta de interpretación que presenté ante el Pleno de la Corte Suprema y que fue asumida en el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116. Tengo la esperanza de que las consideraciones dogmáticas y político-criminales plasmadas en mis trabajos que presento en la presente publicación, motiven la discusión y

diálogo científico y contribuyan a la consolidación de la dogmática penal nacional.

Antes de terminar las presentes líneas, quiero manifestar mi agradecimiento a Gustavo Urquizo Videla y Francisco Valdez Silva, por su apoyo permanente a mi actividad académica; a mis asistentes científicos Silvia Cuba Ramos, Gustavo Zavala Julca, Mery Alonzo Velapatiño y Sofía Cárdenas Huamán, quienes me apoyan permanentemente en las tareas de mi cátedra y tuvieron la tarea de revisar mis escritos para la presente publicación.

Lima, setiembre de 2014

Raúl Pariona Arana

Índice general

Presentación 5

La suspensión de la prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 según el Acuerdo Plenario N.º 03-2012/CJ-116

– La consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP –

I. Preliminares 17
II. Origen, desarrollo y estado actual de la discusión 18
III. Concepción personal sobre la prescripción en el artículo 339.1 NCPP 21
IV. El Acuerdo Plenario N.º 03-2012/CJ-116: Consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP 26
V. Sobre la necesidad de un *plazo razonable* para la suspensión de la prescripción 28
VI. Consideraciones finales 31

La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios

- ¿Medida necesaria para evitar la impunidad? -

I. Introducción 33
II. Marco normativo actual sobre la prescripción de los delitos de corrupción 35
A. Reglas generales 35
B. Regla especial para delitos contra el patrimonio del Estado 36
III. La tesis de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción 39
IV. Lo insostenible de la imprescriptibilidad – Concepción personal 41
A. ¿Es la corrupción igual de grave que los delitos de *lesa humanidad*? 42
B. Afectación a los principios de igualdad y proporcionalidad 43
C. Los peligros de abrir la puerta de la imprescriptibilidad 44
V. Propuesta de solución 45
VI. Conclusión 46

El marco normativo nacional anticorrupción

- Estado actual y propuestas para su consolidación -

I. Consideraciones previas 49
II. Marco normativo que regula la respuesta penal a la corrupción 51
III. Medidas legislativas pendientes para consolidar el marco normativo anticorrupción - Propuestas 53
A. Concepto de funcionario público 54
B. Tipificación del comportamiento del interesado en el delito de colusión (art. 384 CP) y tráfico de influencias (art. 400 CP) 55
C. La reforma legislativa orientada a ampliar los plazos de prescripción de los delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de cargo o función 56

Sobre la aplicación de la regla especial de prescripción del Art. 80° *in fine* del Código Penal a los partícipes *extranei*

I. Preliminares 61
II. El problema 63
III. El Estado de la cuestión 63
IV. Consideraciones previas 65
1. La solución del problema no puede fundamentarse en el "argumento de literalidad" 66
2. La teoría de la "unidad del título de imputación" no ayuda a la solución del problema 67
3. La regla especial de prescripción sí puede ser aplicada diferenciadamente distinguiendo entre funcionarios públicos y extranei 68
V. Propuesta de solución 69
1. La finalidad político-criminal de la norma ha sido castigar al funcionario público 69
2. El fundamento de la especial gravedad que justifica la aplicación de la regla especial de prescripción es la infracción de los deberes especiales del funcionario público 72
3. La no aplicación de la regla especial de prescripción a los extranei es consecuencia de una necesaria interpretación restrictiva 73
VI. Conclusión 75

El delito de falsa declaración en procedimiento administrativo (art. 411 CP)

– Cuestiones fundamentales –

I. Preliminares 77
II. Consideraciones sobre el bien jurídico protegido 78
III. Comportamiento típico 80
A. Marco general: el procedimiento administrativo 80
B. Primer elemento específico: hacer una falsa declaración 83
C. Segundo elemento específico: la declaración debe versar sobre hechos o circunstancias que le corresponde probar al administrado 84
D. Tercer elemento específico: violación de la presunción de veracidad establecida por ley 84
E. Cuarto elemento específico: dolo 88
IV. Consideraciones sobre los sujetos del delito 88
V. Conclusiones 89

La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004

– ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?–

I. Preliminares 91
II. La prescripción en el ordenamiento jurídico 92
III. Art. 339.1 NCPP: ¿interrupción o suspensión? 94
A. La tesis de la interrupción 95
B. Suspensión de la prescripción – Concepción personal 97
IV. Lo insostenible de la tesis de la "interrupción" 103
V. Consideraciones finales 106

La teoría de los delitos de infracción de deber

– Fundamentos y consecuencias –

I. Preliminares 107
II. El problema 108
III. Surgimiento y desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber en la ciencia del Derecho Penal 110

IV. Los delitos de infracción de deber – Concepción personal 113
1. La infracción del deber especial como criterio de la autoría 113
2. El deber que fundamenta la autoría es un deber penal especial 115
V. La consolidación de un nuevo concepto de autor 121
1. La irrelevancia del dominio del hecho en los delitos de infracción de deber 122
2. La irrelevancia de la forma de comisión 122
3. Distinción entre delitos especiales y delitos de infracción de deber 123
4. Diferencia entre infracción de la norma (general) e infracción de deber (especial) 126
VI. Consideraciones finales 128

La prescripción en los delitos contra la administración pública

I. Preliminares 129
II. Reglas generales de prescripción 130
III. Reglas especiales de prescripción para los delitos cometidos por funcionarios públicos en contra del patrimonio del Estado 133
IV. Ámbito de aplicación de la regla especial de prescripción 135
V. Consideraciones finales 140

La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori

I. Preliminares 143
II. Origen, desarrollo y consolidación de la teoría de la autoría mediata por organización 144
III. La autoría mediata por organización en la jurisprudencia 146
IV. La concepción de la Corte Suprema del Perú sobre la autoría mediata por organización 149
V. Consideraciones sobre la fundamentación de la autoría mediata por organización realizada en la sentencia 150
VI. La fundamentación de la autoría mediata por organización – Concepción personal 156
VII. Síntesis 157

El autor detrás del autor

I. Preliminares 159
II. Desarrollo y estado actual 159
III. Fundamentación de la estructura dogmática "autor detrás del autor" 161
IV. Posturas disidentes 165
1. "Principio" de responsabilidad 165
2. El concepto de "autonomía" (*Köhler, Meyer, Renzikowski*) 167
3. El concepto de "responsabilidad" (*Schumann, Zieschang*) 171
V. La doctrina jurisprudencial 174
1. La doctrina de la Corte Suprema Federal de Alemania 174
2. La doctrina de la Corte Suprema del Perú 177
VI. Conclusiones 179

La autoría mediata en el delito de usurpación de funciones Consideraciones a propósito de la sentencia contra el expresidente Alberto Fujimori Fujimori

I. Preliminares 181
II. La postura dogmática de la Corte Suprema 182
III. La autoría mediata en el delito de usurpación de funciones 185
1. Autoría mediata en virtud de dominio por coacción 186
2. Autoría mediata en virtud de dominio por organización 188
3. Valoración final del caso 197
IV. Lineamientos de la doctrina jurisprudencial sobre la autoría mediata en virtud de dominio por organización 197
V. Consideraciones finales 199

La doctrina de la "disposición al hecho"

–¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización?–

I. Preliminares 201
II. La concepción de Roxin 202
III. La "doctrina de la disposición al hecho" 206
IV. "Disposición al hecho": ¿Fundamento del dominio por organización? 209

1. Fundamentos irrenunciables de la teoría del dominio por organización – Concepción personal 209
2. Crítica a la "doctrina de la disposición al hecho" 213
VI. Consideraciones finales 220

¿Debe fundamentarse la "autoría mediata en virtud de dominio por organización" en la "disposición al hecho"?

–A propósito de la acusación fiscal contra el expresidente Alberto Fujimori Fujimori–

I. Preliminares 221
II. Fundamentación dogmática de la acusación formulada por la Fiscalía Suprema Penal 222
III. La "doctrina de la disposición al hecho" 224
IV. "Disposición al hecho": ¿Fundamento del dominio por organización? – Consideraciones críticas 229
V. La necesidad del mantenimiento del *núcleo duro* de la teoría del dominio por organización 236
VI. Consideraciones finales 239

El derecho penal "moderno"

Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales

I. 241
II. 242
III. 244
IV. 248
V. 250
VI. 252
VII. 255
VIII. 257
IX. 260
X. 263

El "hecho posterior" impune en el Derecho penal

I. Preliminares 265
II. Sistemática y fundamento 266
III. Presupuestos 270
IV. Constelaciones de relevancia 271
V. Problemas de participación 277
VI. Consecuencias jurídicas 278
VII. Consideración final 280

Índice Analítico 281

La suspensión de la prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 según el Acuerdo Plenario N.º 03-2012/CJ-116*

– *La consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP* –

El presente trabajo constituye mi contribución al homenaje que se rinde en el Perú al profesor *José Hurtado Pozo*, quien ha dedicado su vida académica a la enseñanza, estudio y desarrollo del Derecho y es maestro de múltiples generaciones. Sus trabajos científicos han contribuido decididamente al desarrollo del Derecho penal en el Perú. Al profesor José Hurtado Pozo, quien inspirara mi actividad intelectual con su obra La ley importada aparecida en 1979, están dedicadas las siguientes reflexiones dogmáticas. ¡*ad multos annos!*

I. Preliminares

1. El 26 de marzo de 2012, en el marco del Primer Pleno Jurisdiccional Extraordinario, la Corte Suprema de Justicia emitió el acuerdo Plenario N.º 03-2012/CJ-116 sobre la suspensión de la prescripción dispuesta en el Código Procesal Penal de 2004. Con este acuerdo plenario la Corte Suprema consolida la *doctrina de la suspensión* de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP: se reafirma que el art. 339.1 NCPP regula un supuesto de *suspensión*, y no de *interrupción* de la prescripción de la acción penal.

---

* Publicado en: Libro Homenaje a José Hurtado Pozo, Lima 2013.

2. Pero el Acuerdo Plenario N.º 03-2012/CJ-116 no solo consolida la línea jurisprudencial de la suspensión, sino que, dando un paso adelante en la discusión, ha establecido *un plazo de duración de la suspensión* de la prescripción generada por la formalización de la investigación preparatoria: El plazo de suspensión de la prescripción ahora no podrá superar un tiempo igual al plazo ordinario de prescripción más su mitad.

3. Se debe señalar que en el tratamiento de la problemática de la prescripción en el Código Procesal Penal 2004, los aportes de las distintas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales han motivado, como en pocos casos, un interesante intercambio de ideas que ha permitido lograr avances importantes en el esclarecimiento del problema. En las páginas que siguen se realiza un repaso crítico del origen, desarrollo y estado actual de la discusión sobre la suspensión de la prescripción regulada en el artículo 339.1 del Código Procesal Penal de 2004; se estudia la fundamentación en la que se apoya el Acuerdo Plenario N.º 03-2012/CJ-116; y, finalmente, como punto de especial atención, se analiza la propuesta de limitar la duración de la suspensión de la prescripción.

II. Origen, desarrollo y estado actual de la discusión

4. En julio del año 2004, tras un largo periodo de gestación, se promulgó el Decreto Legislativo N.º 957 que puso en vigencia en el Perú el Nuevo Código Procesal Penal. Con la puesta en vigencia del nuevo Código se materializaba la esperanza de los peruanos de tener, al fin, una ley procesal que posibilite un proceso penal ágil y oralizado; y, que, sobre todo, evite la impunidad como consecuencia de la prescripción que era (y es aún hoy) pan de cada día en la administración de justicia basada en el Código de Procedimientos Penales de 1940, en el Decreto Legislativo N.º 124 y otras leyes procesales. Uno de los objetivos de la reforma procesal penal fue justamente evitar la impunidad por prescripción. Por ello, el nuevo Código Procesal Penal prevé en su artículo 339.1 la suspensión de la prescripción de la acción penal como efecto de la formalización de la investigación preparatoria. La nueva ley procesal posibilita así que la justicia juzgue los casos puestos a su conocimiento, sin el obstáculo de impunidad que significa la prescripción.

5. Pese a la claridad del texto expreso de la nueva ley procesal, habiendo transcurrido apenas poco tiempo desde su entrada en vigencia, un sector de la doctrina[1] y la jurisprudencia[2] observó un "problema de claridad" en el artículo 339.1 y defendió una interpretación que señalaba que lo previsto en el artículo 339.1 NCPP como *suspensión* debería ser entendido como *interrupción*. Se hicieron observaciones interesantes y creativas, presentando argumentos que iban desde señalar que la regulación no era la más correcta hasta aquellos que afirmaban que el legislador había confundido los conceptos, que la norma procesal adolecía de incompatibilidad con las normas del Código Penal o que la norma traía consigo una antinomia jurídica.

6. El problema no es inocuo ni se trata de una disquisición teórica, sino que tiene claras y relevantes consecuencias prácticas, pues la *suspensión* de la prescripción supone en buena cuenta su *paralización*, en cambio, la *interrupción* de la prescripción supone únicamente una *perturbación* del curso de la prescripción, pues después de la interrupción la acción penal seguirá prescribiendo, lo que puede significar que la investigación o el juzgamiento sean bloqueados y, al final, que el delito quede impune.

7. Ante este panorama y con el fin de uniformizar la interpretación de la norma, el 16 de noviembre de 2010 la Corte Suprema emitió el Acuerdo Plenario N.º 01-2010/CJ-116 donde planteó su *tesis de la suspensión sui generis* señalando que "la literalidad del inciso 1 del artículo 339º del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión *sui generis*"[3], pues la norma refiere que la formalización de la investigación suspende el curso de la prescripción. En consecuencia, producida la formalización quedará sin efecto "el tiempo que transcurre desde este acto fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada

---

1 Cfr. *Panta Cueva*, en: Investigación preparatoria y etapa intermedia, Lima 2010, p. 93 y ss.; *Gálvez Villegas/Rabanal Palacios/Castro Trigoso*, El Código Procesal Penal, Lima 2008, p. 673 y ss.; *Peña-Cabrera Freyre*, Nuevo Código Procesal Penal, Tomo II, Lima 2007, p. 268 y ss.

2 Cfr. El Acuerdo del Pleno Regional de La Libertad del año 2009; y la Resolución de la Sala de Apelaciones de Corte Superior de Justicia de Huaura del año 2011.

3 Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, fundamento 26

la solicitud de sobreseimiento del Fiscal."[4] La Corte Suprema subraya que "la redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la "suspensión" con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de "interrupción" de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal –formalizando la investigación– el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara"[5].

8. Sin embargo, pese a la claridad del artículo 339.1 del Código Procesal Penal de 2004 y al establecimiento de la doctrina legal de la Corte Suprema, el 21 de marzo de 2011 una Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, se apartó[6] del Acuerdo Plenario N.º 01-20110/CJ-116 argumentando que "nos encontramos con normas contradictorias sobre interrupción y suspensión de la prescripción, por tanto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139°.11 de la Constitución Política y el artículo VII.4 del Título preliminar del Código Procesal Penal: "En *caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo*", siendo por tanto de aplicación la norma penal por ser más favorable al imputado y debe entenderse por interrupción y no por suspensión lo que preceptúa el artículo 339°.1 del mismo cuerpo normativo"[7].

9. La discusión sobre el correcto entendimiento del artículo 339.1 del Código Procesal Penal de 2004 fue impulsado por esta decisión de la Sala de Apelaciones y continuó con las diversas intervenciones de la doctrina[8]. Como resultado del debate se ha podido construir una breve

---

4 Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, fundamento 26.

5 Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, fundamento 27.

6 Resolución de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura reproducida en el comentario de *Burgos Alfaro*, José David en Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 22, abril de 2011, p. 254 y ss.

7 Resolución de la Sala Penal de Apelaciones, fundamento 4.8

8 Cfr. *Burgos Alfaro*, José David": "La formalización de la investigación preparatoria: ¿suspensión o interrupción de la acción penal?", en Gaceta Penal & Procesal Penal tomo 22, abril de 2011, p. 254 y ss.; *Pariona Arana*, Raúl: "La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Sus-

pero importante teoría sobre la prescripción en el nuevo Código Procesal Penal. Ahora, con la emisión del Acuerdo Plenario N.º 03-2012/CJ-116 se ha realizado un importante acercamiento de cara a la unificación de criterios respecto al correcto entendimiento del artículo 339.1 del NCPP.

III. Concepción personal sobre la prescripción en el artículo 339.1 NCPP

10. Antes de analizar el Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116, paso a exponer mi punto de vista sobre el correcto entendimiento del artículo 339.1 NCPP, pues solo a la luz de una concepción propia se puede examinar debidamente un problema dogmático como el que aquí nos ocupa.

Según mi opinión, un adecuado entendimiento del artículo 339.1 NCPP debe llevar a la conclusión de que lo que allí se regula es un supuesto de *suspensión* de la prescripción de la acción penal y no un supuesto de *interrupción*. Conforme he expuesto y defendido en un artículo anterior[9], existen razones de orden teleológico, sistemático y literal que sustentan esta conclusión. Aquí reproduzco cuatro fundamentos que sustentan mi tesis que tienen su base en: *i)* la *racionalidad* del nuevo modelo procesal; *ii)* el principio de legalidad; *iii)* la interpretación sistemática; y *iv)* la técnica legislativa.

11. *La racionalidad del nuevo modelo procesal.* El legislador ha sido claro en el artículo 339.1 NCPP al establecer que la consecuencia jurídica de la formalización de la investigación preparatoria en el nuevo sistema procesal es la *suspensión* de la prescripción. Esta decisión responde a la *racionalidad* del nuevo modelo procesal que pretende superar los defec-

---

pensión o interrupción de la prescripción?", en: Gaceta Penal & Procesal Penal tomo 23, mayo de 2011, p. 221 y ss.; *Valdivieso Valera*, Ana: "La suspensión de la prescripción de la acción penal" en virtud del artículo 339.1 del NCPP. Una interpretación que no se quiere ver, en: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 30, diciembre de 2011, p. 238 y ss.; *Cruz Vegas*, Guillermo: "La formalización y continuación de la investigación preparatoria: ¿Causal de suspensión o de interrupción de la prescripción de la acción penal?", en: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 32, febrero de 2012, p. 224 y ss.; *Madrid*, Cecilia: Suspensión de la prescripción, en: Boletín N.º 33 del 19 de setiembre de 2011 del Estudio Oré Guardia, p. 14 y ss.

9 *Pariona Arana*, Raúl: "La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?", en: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 23, mayo de 2011, p. 221 y ss.

tos del anterior modelo. La lentitud del anterior proceso penal y las facilidades para la impunidad por medio de la prescripción que ella suponía, impulsaron al legislador a optar en el nuevo Código Procesal Penal por suspender el curso de la prescripción una vez que el Ministerio Público hubiese formalizado la investigación preparatoria.

12. Esta opción político-criminal del legislador es acertada y razonable, puesto que la formalización de la investigación preparatoria revela un avance significativo en la persecución penal: se tiene indicios reveladores de la existencia de un delito y se ha individualizado a los imputados, lo que significa que se ha logrado determinar los hechos criminales y que estos son relevantes para la ley penal y, además, que se ha identificado a los presuntos autores y partícipes (art. 336 del NCPP). En el marco de la realización de la justicia penal, lo que debe seguir es que un tribunal juzgue al imputado y que emita, al final del proceso, una declaración de culpabilidad o inocencia. La finalidad (*telos*) de la norma es evitar los casos en los que el imputado, gracias a la prescripción, abandone el tribunal de justicia sin responder por los hechos; deje con las manos atadas a la justicia y desamparada a la víctima. El mérito del nuevo sistema procesal penal radica justamente en que pretende evitar tales supuestos de impunidad, procurando una mayor legitimidad a la administración de justicia en el marco de un Estado democrático de Derecho.

13. *El principio de legalidad.* El respeto irrestricto al principio de legalidad penal obliga a que toda interpretación de la ley penal se realice dentro de los parámetros establecidos por el texto expreso y claro de la ley. En consecuencia, si la norma del art. 339.1 NCPP refiere que la formalización de la investigación *suspenderá* el curso de la prescripción de la acción penal, entonces debe entenderse que esta actuación del Ministerio Público *suspende* la prescripción. No es admisible señalar aquí que *la ley no dice lo que su texto establece claramente.*

14. La vinculación del intérprete a la ley es el principio fundamental del que parte toda interpretación válida. Por eso, la interpretación que se aleja del texto expreso de la ley deja de ser interpretación y se convierte en *creación*. Aquí cobra sentido la afirmación de *Ludwig Wittgenstein*, citada

al inicio de este trabajo: "*Los límites de mi lenguaje* son los límites de mi mundo"[10].

En nuestro sistema, el Derecho se manifiesta a través del lenguaje escrito. Si el tenor literal de un precepto diseñado por el legislador crea un marco regulatorio, entonces toda interpretación[11] de aquel debe realizarse dentro del *sentido literal posible de la norma escrita.* Una interpretación de la ley desvinculada del precepto es una interpretación que ya no está cubierta por el *sentido literal posible* de aquel, y, por eso mismo, deviene en inadmisible e inválida. Sobre esto existe un consenso casi absoluto. Así, por ejemplo, *Claus Roxin* refiere que toda interpretación debe sujetarse al límite del tenor literal de la norma, pues "esta se deriva de los fundamentos jurídico-políticos y jurídico-penales del principio de legalidad. El legislador solo puede expresar con palabras sus prescripciones; *y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no 'rige'.* Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática. Además, el ciudadano solo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley"[12].

15. En consecuencia, afirmar que el artículo 339.1 NCPP regula una interrupción de la prescripción rebasa largamente los límites de la interpretación válida en la medida que constituye una interpretación no basada en el marco del sentido literal posible de la norma. Pues es claro que al sostener que el citado artículo interrumpe la prescripción, a pesar de que la norma señala que "la formalización de la investigación ***suspenderá*** el curso de la prescripción", no se está interpretando ni en sentido amplio ni restringido el término central del precepto "*suspenderá*", sino que, en realidad, se está yendo más allá, e introduciendo un elemento normativo

---

10 Tractatus logico-philosophicus, 5.6.

11 Si bien las normas precisan ser interpretadas –pues atrás quedó el ideal de la Ilustración que decía que el juez no tenía nada que interpretar, sino que este se debía limitar a aplicarla (*Montesquieu*)–, sin embargo, los límites del intérprete están en el marco normativo creado por el tenor legal, cfr. al respecto *Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga*, Manual de Derecho penal. Parte general I, 4ta. Ed., Lima 2011, p. 183 y ss.

12 *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, § 5, n.marg. 30.

no previsto por la ley: el término *interrumpir*. Luego, cabe afirmar que más que una interpretación, esto constituye una creación prohibida por la ley.

16. Más aún, si fuera válido afirmar que la ley *dice lo que no dice*, tal conclusión debería ser consecuencia de una interpretación de la ley que, por cierto, se legitima únicamente cuando la norma no es clara o adolece de ambigüedad, esto es, cuando su tenor no deja ver cuál es el sentido que el legislador quiere dar a la norma. Solo en este caso surge la necesidad de encontrar el "verdadero sentido" del mandato normativo y esto siempre dentro del marco legal. En el caso del artículo 339.1 NCPP no se justifica tal "interpretación" puesto que la norma es clara y refiere que la formalización de la investigación *suspenderá* la prescripción.

17. Recordemos nuevamente el deber de sujeción a la ley que tiene todo intérprete con palabras de *Caro John*: "Suponiendo que la ley presente algún defecto o laguna en alguno de sus elementos, el juez tiene la facultad de integrar dicho elemento mediante su interpretación. Sin embargo, el juez no puede subsanar el defecto o esclarecer la ambigüedad del texto de una ley añadiendo un elemento extraído de otra, porque de esta manera estaría creando una tercera ley (...) y, a la vez, actuando como legislador, (...) cuando la Constitución claramente ha establecido que solo al legislador le compete la creación de leyes (art. 102.1), y solo al juez su aplicación (art. 138; 139.1)"[13]. *Caro John* concluye: "El lenguaje de la ley aporta el contenido y el límite del campo de acción de la labor interpretativa del juez. Junto con ello, los elementos que la conforman no destacan por su metodología de redacción, sino por su declaración normativa (...) el tenor de la ley debe ser respetado en la forma en que fue dictado por el legislador"[14].

18. *La interpretación sistemática*. Existen también razones con base en una interpretación sistemática que respaldan la conclusión de que el art. 339.1 NCPP regula un supuesto de *suspensión* de la prescripción. La prescripción en general y los supuestos especiales para su interrupción y suspensión se regían por las normas contenidas en el Código Penal de 1991. Con la entrada en vigencia del NCPP, que introduce una norma

---

13 *Caro John*, ADP 2005, p.350.

14 *Caro John*, ADP 2005, pp. 350, 351.

que regula la suspensión de la prescripción, esta quedó regulada por las normas de ambos cuerpos legales. En consecuencia, la solución de los problemas vinculados con la prescripción en el nuevo sistema procesal debe considerar una interpretación sistemática de todas las normas y la aplicación del principio de unidad y armonía del ordenamiento jurídico penal. En consecuencia, en lo que respecta a la suspensión de la prescripción, tales problemas debían ser en adelante regulados por los artículos 84 CP y 339.1 NCPP.

19. Sin embargo, si se atiende al tenor del art. 83 CP surgiría una aparente contradicción. En efecto, el art. 83 CP establece que las actuaciones del Ministerio Público interrumpen la prescripción. Luego, como la formalización de la investigación constituye una actuación del Ministerio Público, esta debería interrumpir la prescripción y no suspenderla como señala el art. 339.1 NCPP. Sin embargo, se trata solo de una contradicción aparente, puesto que al ser el NCPP una ley posterior al CP, debe entenderse que en adelante esta específica actuación del Ministerio Público (la formalización de la investigación preparatoria) suspende (y no interrumpe) la prescripción.

De esto se sigue que no existe contradicción entre los artículos 83 CP y 339.1 NCPP. En rigor, la nueva ley no entró en conflicto con la ley anterior, puesto que el artículo 83 del CP no regulaba la "formalización de la investigación" como actuación del Ministerio Público, pues hasta antes de la entrada en vigencia del NCPP dicha actuación no existía. Es más bien este Código el que ha introducido la "formalización de la investigación preparatoria" como nueva modalidad de actuación del Ministerio Público. Sea cual fuere la interpretación que se quiera asumir, no varía la conclusión de que se trata de una ley posterior que asigna a esta específica actuación del Ministerio Público una determinada consecuencia jurídica: la *suspensión* del curso de la prescripción.

20. *La técnica legislativa.* El legislador ha establecido expresamente en el artículo 339.1 del NCPP que en todo nuevo proceso penal regido por este código, la formalización de la investigación preparatoria *suspende* el curso de la prescripción. Y el sentido de ese término parece no generar ningún espacio para la duda. Si se hubiese querido instaurar un supuesto de interrupción se habría introducido una norma que indique

de manera expresa que la formalización de la investigación preparatoria *interrumpe* el curso de la prescripción.

Más aún, si la voluntad del legislador hubiera sido regular un supuesto de interrupción, entonces no tendría sentido haber introducido un artículo expreso que indique la consecuencia de la formalización de la investigación preparatoria. En lugar de ello, hubiera bastado con abstenerse de introducir regulación alguna, considerando que el CP ya regula en su artículo 83 que las actuaciones del Ministerio Público (la formalización es una de ellas) interrumpen la prescripción. En consecuencia, si el legislador decidió hacer una regulación expresa en el artículo 339.1 del NCPP, esto se debe a que su finalidad fue establecer una consecuencia jurídica distinta: que en adelante una determinada actuación del Ministerio Público (la formalización) suspenderá (y no interrumpirá) el curso de la prescripción de la acción penal.

IV. El Acuerdo Plenario N.º 03-2012/CJ-116: Consolidación de la doctrina de la suspensión de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP

21. Corresponde ahora analizar el Acuerdo Plenario N.º 03-2012/CJ-116. Mediante este Acuerdo, la Corte Suprema de Justicia, luego de considerar las distintas opiniones que se habían expuesto durante el debate, revisó su anterior Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116 y reafirmó su doctrina legal que sostiene que el artículo 339.1 NCPP regula la institución de la *suspensión* y que no es correcto sostener que el legislador reglamenta un supuesto de interrupción. Para sustentar su nuevo planteamiento ha acudido a un análisis del origen histórico y comparado del artículo 339.1 NCPP del cual extrajo los siguientes tres fundamentos:

22. Primero: según la Corte Suprema, la fuente legal extranjera del art. 339º inciso 1 valida la tesis de la suspensión[15], puesto que el artículo 233 del Código Procesal Penal de Chile señala expresamente que: *"la formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96º del Código Penal"*. Luego, si se recurre

15 Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116, fundamento 8.

al artículo 96º del Código Penal chileno se observará que "los efectos y causales de la suspensión de la prescripción de la acción penal están claramente diferenciados de los que corresponden a la interrupción" y que además, esta norma señala expresamente que la prescripción "se suspende desde el momento que el procedimiento se dirige contra él"[16]. Según el acuerdo plenario, esto significaría que "en Chile siempre la incoación de un proceso contra el autor de un hecho punible es causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y no de interrupción. Lo mismo ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004"[17].

23. Segundo: para la Corte Suprema, de un análisis de los antecedentes legislativos (del "derecho penal histórico nacional"), se desprende claramente que la suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal han sido regulados siempre con causales y efectos distintos, "sin que haya posibilidad alguna de confundirlos"[18]. Los artículos 121 sobre interrupción y 122 sobre suspensión del Código Penal de 1924 "ponían en evidencia tales diferencias".

La Corte Suprema subraya que en el artículo 122 del Código Penal de 1924 se regulaba la suspensión en los siguientes términos: "*si el comienzo o la terminación del proceso dependiese de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considerará en suspenso la prescripción hasta que esté concluido, salvo lo prescrito en la última parte del artículo anterior*"; "incluso se estipulaba que los efectos de la suspensión no alcanzaban a los plazos de la prescripción extraordinaria de la acción penal prevista en el párrafo *in fine*" del artículo 121. Según la Corte Suprema, esta "importante salvedad que no fue reproducida por el actual artículo 84 del Código Penal vigente, demostrando con ello, una vez más, que no existe en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni dependencia residual entre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal"[19]. Con lo expuesto, la Corte Suprema ratifica la validez hermenéutica de la tesis de la suspensión expuesta en su Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116.

---

16 Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116, fundamento 8.

17 Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116, fundamento 8.

18 Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116, fundamento 9.

19 Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116, fundamento 9.

24. Tercero: la Corte Suprema ha expresado que desde el punto de vista de las relaciones intrasistemáticas no existe ninguna antinomia legal entre las normas que regulan la prescripción del Código Penal y aquellas del Código Procesal Penal de 2004[20].

La Corte Suprema ha señalado textualmente: "Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339 inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado directa o indirectamente, las reglas contenidas en el artículo 83° del Código Penal vigente. El artículo 84° del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1° del artículo 339° del Código Procesal penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es suspensión de la prescripción de la acción penal. ***Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de la suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo.*** Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal"[21].

V. Sobre la necesidad de un *plazo razonable* para la suspensión de la prescripción

25. El Acuerdo Plenario N.° 3-2012/CJ-116 no solo ha consolidado la doctrina que sustenta la tesis de la suspensión en el artículo 339.1 NCPP, sino que ha introducido y establecido *un límite temporal a la duración de la suspensión* de la prescripción generada por la formalización de la investigación preparatoria. A criterio de la Corte Suprema, el establecimiento de un plazo de duración de la suspensión estaría justificado, pues guardaría "estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que de-

20 Acuerdo Plenario N.° 3-2012/CJ-116, fundamento 10.

21 Acuerdo Plenario N.° 3-2012/CJ-116, fundamento 10.

rivan del *principio de plazo razonable* para la realización de la justicia"[22]. En consecuencia, para la Corte Suprema "atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122º del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339º inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo"[23].

26. Según la doctrina que se plasma en el Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116, el *plazo de duración de la suspensión* de la prescripción de la acción penal generada por la formalización de la investigación preparatoria, será igual al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. *Esto significa que producida la formalización de la investigación preparatoria, el plazo de prescripción que venía corriendo se suspenderá por un tiempo igual al máximo de la pena más la mitad. Vencido este plazo cesará la suspensión y la prescripción inicialmente suspendida continuará su curso hasta que se cumpla el plazo extraordinario de prescripción.*

En la práctica, el límite establecido por el Acuerdo Plenario operará del siguiente modo: en un caso de hurto simple cometido en el año 2010 y donde luego de haberse realizado las diligencias preliminares, el Ministerio Público formaliza la investigación preparatoria contra el investigado el año 2012, el plazo de prescripción que venía corriendo se suspenderá. El tiempo de suspensión, atendiendo a que el delito tiene previsto en la ley una pena "no mayor de tres años", será de cuatro años y medio. Transcurrido este plazo de suspensión, el plazo de prescripción inicialmente suspendido continuará hasta que se cumpla el plazo extraordinario de prescripción, es decir, habiendo transcurrido dos años hasta antes de la formalización de la investigación preparatoria, deberán transcurrir dos años y medio más; en consecuencia, el delito prescribirá en el año 2019.

27. La doctrina establecida por la Corte Suprema es ciertamente creativa pues para satisfacer la expectativa social aplica el *principio de plazo razonable* al *plazo de suspensión de la prescripción* previsto en el

---

22 Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116, fundamento 11.

23 Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116, fundamento 11.

artículo 339.1 NCPP; y, de ella extrae la necesidad de limitar este plazo. Luego, ya a efectos de establecer el plazo, recurre al mismo límite temporal que contenía el artículo 122° del Código Penal de 1924.

28. Sobre el establecimiento de un límite temporal al plazo de suspensión de la prescripción debe señalarse que si bien la ley procesal contiene ya mecanismos orientados a evitar que se atente contra el plazo razonable en la tramitación de un proceso penal (como la tutela de control de plazos), el establecimiento de un límite temporal a la suspensión resulta plenamente válido y garantista en razón de que se constituiría en *un mecanismo adicional* para evitar las suspensiones *ad infinitum*. Además, esta doctrina legal hace justicia al entendimiento tradicional del concepto de suspensión que supone por definición un límite temporal.

29. La Corte Suprema ha establecido el plazo límite de suspensión de la prescripción considerando como referente histórico al artículo 122° del Código Penal de 1924; y en consecuencia, establece como plazo un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito más la mitad de la misma. El establecimiento del plazo de suspensión a través de la técnica empleada para determinar el plazo extraordinario de prescripción es ciertamente interesante, pues no se fija un plazo determinado, sino que este se determinará en función de la pena asignada a cada delito. La duración de la suspensión estará así en función de la pena (gravedad) del delito.

Los términos de la técnica empleada permiten establecer claramente cuál es el plazo límite de la suspensión. Sin embargo, al haber elegido la misma fórmula que se utiliza para el establecimiento de la prescripción extraordinaria, ello podría llevar a confusión y generar el peligro de que la doctrina legal se entienda como que el plazo de suspensión es también el plazo de prescripción extraordinaria. Sin embargo, creo que la Corte Suprema ha sido clara al señalar que se establece un límite a la suspensión y que no ha sido objeto de su decisión señalar que el plazo de suspensión es el mismo que el plazo de prescripción extraordinaria. Por lo tanto, queda claro que la Corte ha introducido un límite temporal a la suspensión, vencido el cual continuará el curso de la prescripción que inicialmente se suspendió. De lo expuesto se puede extraer que, en la práctica, se ha procedido a duplicar el plazo de prescripción para todos los delitos donde se formaliza la investigación preparatoria.

VI. Consideraciones finales

La Corte Suprema de Justicia, a través del Acuerdo Plenario N.º 3-2012/CJ-116, ha consolidado su doctrina sobre la *suspensión* de la prescripción en el artículo 339.1 NCPP. Conforme a esta doctrina, queda claro que lo que regula el referido artículo es un supuesto de suspensión y no de interrupción. Igualmente, la Corte Suprema ha considerado conveniente establecer un límite temporal al plazo de suspensión. El límite concreto planteado señala que la suspensión no podrá sobrepasar un tiempo igual al máximo de la pena prevista por la ley para el delito más su mitad. Vencido el plazo de suspensión, continuará el curso de la prescripción que inicialmente se suspendió.

Si bien ha sido razonable establecer un límite al plazo de suspensión de la prescripción, quedan algunas preguntas sobre la pertinencia de la fórmula empleada: ¿Existirían otras fórmulas más claras? ¿Resultaría igual de adecuado a los fines del nuevo modelo procesal una suspensión hasta finalizada la investigación preparatoria o quizá hasta la emisión de la sentencia de primera instancia? Aquí me he limitado a exponer mis primeras reflexiones dogmáticas sobre este Acuerdo Plenario. Con seguridad, estas cuestiones irán dilucidándose con el diálogo –permanente y necesario– de la doctrina y la jurisprudencia. Los resultados del diálogo producido hasta ahora, son una buena muestra de lo que este acercamiento puede lograr para el desarrollo del Derecho nacional y la administración de justicia en nuestro país.

La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios*

– ¿Medida necesaria para evitar la impunidad? –

I. Introducción

1. La corrupción es un grave problema que enfrentan los Estados. La historia reciente del Perú ha puesto de relieve, de manera dramática, que se trata de un problema latente para nuestra aún incipiente institucionalidad democrática. La corrupción socava la legitimidad del Estado y con él su fundamento democrático, afecta el correcto funcionamiento de la administración pública, el patrimonio estatal, el carácter público de la función, la ética en el ejercicio de funciones públicas, generando que se inserte en el colectivo social la idea de que la función pública se vende al mejor postor.

2. Debido a la gravedad del problema, desde hace aproximadamente dos décadas, la lucha contra la corrupción está presente en la agenda política de los gobiernos y, dada su trascendencia internacional, la comunidad internacional (regional y mundial) ha impulsado la adopción de medidas colectivas para frenar y enfrentar el problema. Así, en 1996 en Caracas (Venezuela), los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) suscribieron la Convención Interamericana contra la Corrupción con el objeto de prevenir, detectar y sancionar la corrupción en la región; y, en el año 2003, las Naciones Unidas (ONU)

---

* Publicado en: Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú, PUCP - IDEHPUCP, Lima 2012.

aprobaron la Convención contra la Corrupción en Mérida (México) presentando, de este modo, una respuesta mundial al problema de la corrupción, con un instrumento en el que se señala expresamente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que estos deben cooperar entre sí para que sus esfuerzos sean eficaces.

3. Sin embargo, pese al logro de importantes avances en este ámbito, la impunidad de los delitos de corrupción, sobre todo de aquellos ligados al poder, ha sido una constante. A esta situación contribuyen una serie de factores como la posición económica y social de sus autores, sus conocimientos del sistema de justicia y la consecuente facilidad para evadirla, la posición de poder que ocupan los funcionarios públicos y el despliegue de sus influencias para impedir la investigación de los delitos, entre otras condicionantes. En este contexto, la *impunidad por prescripción* ha cobrado especial relevancia. Es frecuente ver que los procesos penales se ven truncados por imperio de la prescripción, generando en la sociedad una sensación de impunidad generalizada de los actos de corrupción. Se escucha frecuentemente: "roban al Estado, dilatan sus procesos y salen libres a disfrutar el fruto de su delito".

4. Este hecho ha llevado a que diversos sectores de la sociedad, organizaciones, políticos e intelectuales levanten las banderas de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Al ser considerados graves e intolerables, se plantea la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción para de esta manera evitar cualquier límite temporal en su persecución y sanción. El tema ha cobrado tal relevancia, que el propio presidente de la República, Ollanta Humala Tasso, en su mensaje de asunción de mando del 28 de julio de 2011, anunció la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción.

5. Pero, ¿es la declaración de imprescriptibilidad de los delitos de corrupción realmente necesaria (y adecuada) para evitar su impunidad? ¿Es la imprescriptibilidad acaso la única solución al problema?, ¿se ha reparado debidamente en las consecuencias que traería consigo una medida de esta naturaleza? En las páginas siguientes se realiza un estudio de esta problemática, se analiza cómo se viene enfrentando este problema, se evalúa la factibilidad de la imprescriptibilidad y se plantea una propuesta de solución.

6. Como consideración previa, y antes de pasar a tratar la problemática objeto del presente artículo, debo precisar el concepto de "delitos de corrupción" que empleo en el marco de este trabajo. Es frecuente y extendido referirse a los delitos de corrupción sin precisar el contenido preciso. En estricto, en nuestro ordenamiento jurídico los delitos de corrupción lo conforman el cohecho, la negociación incompatible, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito. Sin embargo, en la literatura se observa el uso frecuente y extendido del concepto en un sentido mucho más amplio y genérico que abarca a casi todos los delitos contra la Administración Pública, sin precisar el contenido exacto, lo cual podría llevar a algunas imprecisiones. Sin la intención de agotar en este lugar la discusión sobre el concepto, a efectos de evitar inexactitudes, y solo en el marco de este trabajo, nos referiremos como delitos de corrupción a los delitos contra la Administración Pública cometidos con abuso de cargo o función; y, más específicamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a los delitos de abuso de autoridad, concusión, peculado y corrupción de funcionarios contenidos en los artículos 376 al 401 del Código Penal.

II. Marco normativo actual sobre la prescripción de los delitos de corrupción

A. Reglas generales

7. Las reglas de prescripción aplicables a los delitos de corrupción son las reglas generales aplicables a todos los delitos. En consecuencia, los delitos de corrupción prescribirán en un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito (prescripción ordinaria según el artículo 80° del Código Penal) o, dadas las circunstancias, cuando el tiempo transcurrido supere en una mitad al plazo ordinario de prescripción (prescripción extraordinaria según el artículo 83° del Código Penal)[1]. Así por ejemplo, en el plazo máximo extraordinario, el delito de abuso de autoridad prescribirá a los seis años, el delito de concusión a los doce años, el delito de colusión a los veintidós años y medio, el delito de peculado a los

[1] Sobre la regulación nacional y las modalidades de prescripción, cfr. *Hurtado Pozo*, José/*Prado Saldarriaga*, Víctor: Manual de Derecho penal. Parte general, Tomo II, Lima 2011, pp. 421, 422 y 423; *Meini*, Iván: "Sobre la prescripción de la acción penal", en: Imputación y responsabilidad penal, Lima 2009, pp. 277 y 278.

doce años, el delito de malversación de fondos a los seis años, el delito de cohecho pasivo a los doce años, el delito de cohecho activo a los nueve años, el delito de tráfico de influencias a los nueve años y el delito de enriquecimiento ilícito a los quince años; solo por citar los más importantes delitos de corrupción previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

8. Sin embargo, pese a que los plazos de prescripción no son tan breves (debido a que las penas para los delitos de corrupción no son tan benévolas[2], como de manera extendida se cree), la justicia da cuenta frecuentemente de casos de impunidad por prescripción. Esto evidencia que la impunidad no se debe a una sola causa, sino que concurren diversos factores que favorecen la prescripción, como por ejemplo, la estructuración de los procesos, la funcionalidad de sus procedimientos, la demora de los procesos que se extienden excesivamente en el tiempo, los recursos, formación y organización de los operadores de justicia, la calidad de los autores de estos delitos, funcionarios públicos que hacen uso de su posición de poder, conocimientos, capacidad económica para eludir la acción de la justicia, distraerla y evitar que los procesos concluyan con una sentencia. Como se puede observar, la impunidad de la corrupción no se debe únicamente al deficiente marco normativo que regula la prescripción.

B. Regla especial para delitos contra el patrimonio del Estado

9. Con el objetivo de superar las deficiencias de las reglas generales de prescripción, el legislador peruano ha previsto una regla especial de prescripción en el artículo 80 *in fine* del Código Penal que indica que *"en casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este (...), el plazo de prescripción se duplica"*[3]. Con esta regla, nuestro legislador pretende evi-

---

2 Para *Rojas Vargas*, la política penal se ha mantenido constante desde el Código Penal de 1863 hasta la actualidad, con una escasa criminalización y baja penalidad con tendencia a un leve endurecimiento represivo en los *quantums* de las penas desde la reforma de los delitos de corrupción del año 2004. Cfr. *Rojas Vargas, Fidel:* Delitos contra la administración pública, 4.ª edición, Lima 2007, p. 65 y ss.

3 La regla especial fue introducida en el art. 80 del Código Penal el 26 de mayo de 1994, mediante Ley N.º 26314. Mediante la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 30077 publicada el 20 agosto 2013 –con vigencia desde el 1 de julio del 2014– se incluyó en el supuesto de duplicación del plazo de prescripción no solo a los delitos cometidos por funciona-

tar los casos de prescripción de los delitos de corrupción que afectan el patrimonio del Estado.

10. ¡Esta medida es correcta, pero insuficiente! Es correcto que se amplíen los plazos de prescripción para casos de delitos cometidos por funcionarios públicos, pues estos, generalmente, utilizan su posición de poder, sus conocimientos del sistema de justicia, sus recursos para huir de la acción de la justicia y hacer que sus delitos prescriban. Sin embargo, tal como está redactada esta regla especial, solo será aplicable a algunos delitos: a los que afecten el patrimonio del Estado. En efecto, tal como se desprende del tenor legal, para la aplicación de esta regla se requiere la concurrencia de dos presupuestos: primero, que el autor sea un funcionario público; y, segundo, que la acción desplegada afecte el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este. Luego, siendo reducido su campo de acción, la utilidad de la norma para evitar la prescripción de los delitos de corrupción será muy limitada.

11. En efecto, en la discusión[4] sobre el ámbito de aplicación de la norma contenida en el artículo 80 *in fine* del Código Penal pugnan tres interpretaciones. Una *interpretación restrictiva* que entendía que los "delitos cometidos contra del patrimonio del Estado" abarcaba únicamente a aquellos delitos que tienen como específico bien jurídico protegido al patrimonio del Estado, con lo cual restringían su aplicación al peculado (art. 387 CP) y malversación de fondos (art. 389 CP). Una *interpretación extensiva*, según la cual la referencia a delitos contra el patrimonio del Estado comprende a todos los delitos que afecten *directa o indirectamente* el patrimonio del Estado, con lo cual extiende la aplicación de la regla a un grupo mucho más amplio, como al delito de peculado en todas sus variantes, a todos los delitos comunes cometidos por funcionarios públicos en agravio del patrimonio del Estado, pero también delitos de cuyo contenido no se aprecia un ataque (directo) al patrimonio estatal, como por ejemplo, el delito de rehusamiento de actos funcionales, abuso de autoridad y otros similares. Y una tercera línea de interpretación, que he

---

rios y servidores publicos contra el patrimonio del Estado o de organismo sometidos a él, sino tambien a los integrantes de organizaciones criminales.

4 Sobre la problemática del ámbito de aplicación de la regla especial de prescripción. Cfr. mi trabajo "La prescripción en los delitos contra la administración pública" publicado en: *Gaceta Penal* N.º 10, Abril 2010, p. 149 y ss.

defendido en un trabajo anterior[5], postula una *solución intermedia* que sostiene que la referencia legal a delitos que "afectan el patrimonio del Estado" debe ser entendida como *ataque directo al patrimonio del Estado*, con lo cual el grupo de delitos comprendidos por esta norma será más amplio que el admitido por la concepción restrictiva (que es correcta, pero insuficiente), pero menos amplio al admitido por la concepción extensiva (que extiende ilegítimamente su ámbito de aplicación). Luego, según la postura intermedia, la regla especial será aplicable a los tipos penales de peculado, malversación, a todos los demás delitos contra la Administración Pública en los que aunque el tipo penal no considere como bien jurídico protegido primariamente el patrimonio del Estado, sí se desprenda de su configuración fáctica en el caso concreto una afectación *directa* del patrimonio del Estado. Visto así, en este ámbito se podría comprender casos como los de los delitos de corrupción de funcionarios (cohecho, enriquecimiento ilícito, etc.) donde el contenido del acto de corrupción tenga como objeto defraudar al Estado afectando su patrimonio gravemente, sea porque el Estado se desprendió indebidamente de su patrimonio o porque dejó de cobrar lo que le correspondía.

12. Sin embargo, este debate sobre el ámbito de aplicación de la regla especial de prescripción donde se discutía la ampliación de la prescripción a delitos como el de cohecho y otros, ha sido zanjada por la Corte Suprema con la fijación de una regla que reduce su aplicación, en la práctica, únicamente al delito de peculado (y extensivamente a la malversación). En efecto, en el Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010, la Corte Suprema ha señalado que "el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos"[6] por lo que "es necesario que exista una vinculación directa entre estos", es decir, una vinculación entre el funcionario y el patrimonio estatal. Luego, según la Corte Suprema, la vinculación directa entre el funcionario y el patrimonio se dará cuando concurran tres presupuestos: Primero, "que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito –funcionario o servidor público– y el patrimonio del Estado"[7]. Segundo,

5 Cfr. *Gaceta Penal* N.º 10, Abril 2010, p. 149 y ss.

6 Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, fundamento 15.

7 Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, fundamento 15.

"el vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos"[8]. Tercero, "puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcionarial una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía"[9].

Como se observa, en la práctica, la Corte Suprema ha reducido la aplicación de la regla especial al delito de peculado y malversación, dejando fuera los delitos de cohecho, que son quizá los más emblemáticos casos de corrupción. En consecuencia, con esta regla y con la "particular" y "especial" interpretación que de esta realiza la Corte Suprema, no se ha avanzado en la ampliación de los plazos de prescripción para los delitos de corrupción, que es justamente lo que se pretende.

III. La tesis de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción

13. Ante este panorama, diversas organizaciones, juristas, políticos y organismos de la sociedad civil han planteado la *imprescriptibilidad de los delitos de corrupción*. Según los defensores de esta opinión, dado que es intolerable en un Estado de derecho que los actos de corrupción prescriban, dejando maniatada a la justicia, es necesario declarar imprescriptibles los delitos de corrupción. Por lo general, se cree de buena fe que la imprescriptibilidad solucionará el problema de la impunidad de los delitos de corrupción. Pero muchas veces se defiende la imprescriptibilidad también por el rechazo que provoca en la sociedad la impunidad de la corrupción por prescripción o porque es bien recibida por los electores la promesa de imprescriptibilidad de la corrupción, como lo es también "la muerte civil" de los corruptos.

---

8 Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, fundamento 15.

9 Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, fundamento 15.

14. En esta línea, diversas instituciones y organizaciones de la sociedad civil, algunas de ellas reunidas en el Grupo de Trabajo Contra la Corrupción han propuesto la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, como mecanismo válido para luchar contra la impunidad de este flagelo.[10] En esta misma línea, desde el año 2001 hasta la actualidad, existen en nuestro Congreso de la República más de 40 Proyectos de Ley que pretenden declarar imprescriptibles los delitos cometidos por los funcionarios públicos,[11] a través de reformas legislativas y de la propia Constitución. Igualmente, diversos juristas han asumido esta postura. Así, *Ronald Gamarra /Jacqueline Pérez*[12] sostienen categóricamente que no debe existir barrera temporal alguna para llevar a cabo la persecución penal de los actos de corrupción. Señalan: "La extensión del flagelo de la corrupción, la gravedad de sus manifestaciones, la lesión que ellas suponen respecto a bienes de primera importancia, las consecuencias que acarrea (...) y el interés de la ciudadanía toda en su represión, nos convence que para llevar a cabo una real persecución penal de los actos de corrupción se requiere eliminar toda barrera de carácter temporal que lo impida"[13]. Los citados autores argumentan que la imprescriptibilidad, como respuesta legítima y razonable a la corrupción "lanzará un mensaje público en el sentido que los beneficios generados por la comisión del delito de corrupción serán siempre significativamente menores a la infinita persecución penal que se activará; y, frenará la tendencia a la reiteración de esta conducta"[14].

15. En esta misma corriente, en el plano internacional, se observa que países como Bolivia, Venezuela y Ecuador han adoptado en su legislación, sea constitucional o legal, disposiciones que declaran la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Este desarrollo evidencia que jurídicamente es posible establecer la imprescriptibilidad, lo cual

---

10 Cfr. El informe anual sobre la lucha contra la corrupción en el Perú - 2010 del Grupo de Trabajo contra la Corrupción.

11 Cfr. El informe anual sobre la lucha contra la corrupción en el Perú - 2010 del Grupo de Trabajo contra la Corrupción, p. 213.

12 *Gamarra Herrera,* Ronald */Pérez Castañeda,* Jacqueline: La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, en: http://xa.yimg.com/kq/groups/19326480/529089612/name/imprescriptibilidad_rgamarra_resumen.pdf

13 *Gamarra Herrera/Pérez Castañeda*: Op. cit.

14 *Gamarra Herrera/Pérez Castañeda*: Op. cit.

pone de relieve que lo importante es discutir su necesidad. Esta tendencia, con todas sus expresiones nacionales e internacionales, confirma también que la corrupción es un problema fundamental para nuestras naciones[15] y que su prevención y erradicación son tareas que comprometen por igual a la sociedad civil y a los Estados.

IV. Lo insostenible de la imprescriptibilidad – Concepción personal

16. Debe existir una decidida lucha contra la impunidad por prescripción de los delitos de corrupción. Sin embargo, considero que la solución de la imprescriptibilidad no es la más correcta. En estricto, declarar imprescriptibles los delitos de corrupción no soluciona el problema de la impunidad de los delitos de corrupción. Contradice principios fundamentales del Derecho penal. En el marco de nuestro derecho, sería una medida ilegítima, además de contraproducente para la propia lucha contra la impunidad. Vista correctamente, ni siquiera es necesaria.

A. *¿Es la corrupción igual de grave que los delitos de* ***lesa humanidad*****?**

17. Según el entendimiento actual de los delitos más graves y que afectan a los valores más importantes del ordenamiento jurídico nacional e internacional, considerar a los delitos de corrupción como imprescriptibles, significaría equipararlos con los delitos de *lesa humanidad*, lo cual a mi parecer rompe gravemente la recta evaluación del *contenido del injusto* de estos delitos. Es evidente que el acto de apropiación de mil, diez mil o cien mil soles que realiza un funcionario público, no puede ser equiparado con el acto de asesinar, torturar, o desaparecer personas. Los delitos de lesa humanidad atentan contra los valores más importantes que tiene el hombre.

---

15 Según Yván *Montoya*, la "gravedad de la percepción de la corrupción ha llegado incluso a desplazar a todos aquellos otros grandes problemas que aún aquejan al Perú: la pobreza, el desempleo, la inseguridad ciudadana, etc.". Cfr. *Montoya Vivanco*, Yván: "La responsabilidad penal del funcionario superior en los delitos contra la Administración Pública cometidos por sus subordinados", en: 20 años de vigencia del Código Penal peruano, Lima 2012, p. 551.

La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad está legitimada, por la gravedad de tales crímenes y porque existe en la conciencia de la humanidad que estos crímenes deben ser sancionados sin límites temporales. Sin embargo, la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción no está plenamente legitimada. Ni en la Convención Interamericana contra la Corrupción, ni en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se establece la imprescriptibilidad como una medida legítima de la lucha contra la corrupción. No existe pues consenso internacional, habiéndose dejado más bien a cada Estado la decisión de ampliar los plazos de prescripción de acuerdo con su legislación y sus particulares circunstancias. Esto se hace explicable si se repara en el hecho que mayor gravedad revisten los delitos de asesinato, violación sexual de menores con muerte de la víctima, secuestro de menores de edad, terrorismo y otros tantos. Luego, querer legitimar la imprescriptibilidad en el caso de la corrupción y no exigir lo mismo para los demás delitos, deja ver un cuestionable criterio y una selectiva y arbitraria orientación político-criminal.

18. Se podría pretender justificar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción considerándolos como delitos de "*lesa Estado*". En esta línea de argumentación se podría justificar esta medida, considerando que los delitos de corrupción revisten especial gravedad que justificaría, al igual que en el caso de los delitos de lesa humanidad, una declaración de imprescriptibilidad. Esta justificación, pareciera insertar la consideración de que los delitos de corrupción, si bien tienen menor gravedad que los delitos de lesa humanidad, sí tienen una especial gravedad, mucho más grave que los demás delitos contenidos en nuestro ordenamiento jurídico.

A este razonamiento pueden presentarse dos objeciones. En primer lugar, salta a la vista que los delitos de corrupción no son los delitos más graves, después de los delitos de lesa humanidad, que contiene nuestro ordenamiento jurídico. Qué duda cabe, los delitos contra la vida, como son el homicidio o el asesinato, son mucho más graves que la corrupción. También los delitos de secuestro de menores y extorsión son mucho más graves, igualmente los delitos de violación sexual de menores, terrorismo y otros tantos.

En segundo lugar, tratar de justificar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción basada en una pretendida calidad de "*lesa Estado*" no

tiene sustento en una real valoración y jerarquización de los bienes que protege nuestro Derecho penal y recuerdan, más bien, a justificaciones decimonónicas donde en la escala de valores la primacía era asignada al Estado por encima del individuo, como se observa en la clasificación de *Beccaria* de delitos de *lesa majestad*, delitos contra los particulares y delitos contra los deberes[16]. Precisamente los delitos de *lesa majestad* eran considerados los delitos más graves, pues buscaban destruir inmediatamente a la sociedad y/o a quienes la representaban, con lo que se justificaba sanciones más graves para estos ilícitos.

En el desarrollo actual del Derecho penal, estas concepciones han sido correctamente abandonadas y han dado lugar a políticas criminales que consideran al individuo y a sus bienes más importantes (vida, salud y libertad) como valores supremos del Estado. En nuestro actual desarrollo cultural sería un despropósito denominar o etiquetar a los delitos de corrupción como delitos de *"lesa Estado"* para de este modo justificar una reacción más grave, convirtiendo así a los acusados en "víctimas de una palabra: castigo por la calificación, no por la naturaleza ni la gravedad"[17].

B. Afectación a los principios de igualdad y proporcionalidad

19. De la anterior consideración se desprende que la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción también pondría en cuestión los principios de igualdad y proporcionalidad. En efecto, se pretende declarar imprescriptibles los actos de corrupción y no se hace lo propio con delitos mucho más graves como el asesinato, la extorsión o la violación sexual de menores. Esta política atenta contra el principio de igualdad y deja ver más bien un enfoque sesgado de los valores que protege el ordenamiento jurídico de un Estado de derecho. Con medidas como esta, se vería distorsionada la pirámide de valores del programa político-criminal de nuestro ordenamiento jurídico penal, atentando contra la proporcionalidad (pues presentan diverso contenido de injusto) y convirtiendo a

---

16 *Beccaria*, César: De los delitos y las penas, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 2000, p.119 y ss.

17 *García Ramírez*, César, Estudio introductorio, en: *Beccaria*, César: De los delitos y las penas, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 2000, p. 44.

nuestro ordenamiento penal en un cúmulo de normas penales que responde más bien a exigencias o presiones de grupos.

Con este análisis, lo único que se ha mostrado es únicamente que no existe igualdad de criterio al exigir la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción y que esta no se sustenta en una valoración acorde con las reales magnitudes de la dañosidad social de las conductas. No se propugna la extensión de la imprescriptibilidad para los delitos de asesinato, extorsión o violación sexual de menores. Si bien estos delitos son graves, mucho más que los delitos de corrupción, considero que no es adecuado una medida tal, por no ser ni eficaz, ni necesaria.

C. Los peligros de abrir la puerta de la imprescriptibilidad

20. El camino de la imprescriptibilidad, además de contradecir principios básicos de un programa político-criminal acorde con un Derecho penal de un Estado democrático de derecho, genera el peligro –a veces no debidamente advertido– de graves distorsiones en la administración de justicia y que van en contra de aquello que justamente se pretende lograr con esta medida.

Declarar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción podría llevar pronto a la declaración de imprescriptibilidad de otros tantos delitos considerados graves, pero también con seguridad –en esta lógica expansiva– a muchos otros delitos que no siendo graves, "según las legítimas circunstancias especiales", amerite considerarlos como tales, distorsionando el sentido de esta medida especial. Esta espiral podría deslegitimar el consenso actual de que los delitos de lesa humanidad son legítimamente imprescriptibles. Además, esta expansión dejaría ver una política criminal dura claramente simbólica, pues como ya se ha podido ver, la declaración de imprescriptibilidad no soluciona el problema de la impunidad.

21. Declarar imprescriptibles los delitos de corrupción podría llevar también a soluciones contraproducentes para la misma lucha legítima contra la corrupción. Así, una solución semejante al problema de la impunidad y la necesidad legítima de ampliar la prescripción, podría convertirse en una solución aparente e incluso políticamente injusta, con el consiguiente peligro de abrir el camino a un Derecho penal sin garantías,

pues si la potestad de perseguir del Estado no se extinguiera nunca, las causas podrían mantenerse de por vida, como una espada de Damocles para los adversarios políticos[18].

22. La imprescriptibilidad y su efecto simbólico –de que con ello el problema de la impunidad se ha solucionado– podría generar también un efecto negativo que podría llevar al Estado a renunciar a su deber de resolver las causas judiciales con celeridad. En efecto, hasta la actualidad, la "sanción" de la prescripción con que se "castiga" al Estado[19] por su desatención o lentitud, ha significado para la administración de justicia un acicate para resolver con prontitud las causas sometidas a su conocimiento, puesto que siempre que un proceso concluye por prescripción, y ante los reclamos de los justiciables afectados, se producen investigaciones contra los jueces para pedir explicaciones por la lentitud en la tramitación, lo cual queda como una mancha en el historial de los jueces. En consecuencia, la prescripción juega un rol importante de control de los plazos de duración de los procesos. Con la eliminación de la prescripción se generaría un incentivo negativo en la administración de justicia pues, al no prescribir los delitos, entonces no existirá la presión para resolver las causas con prontitud.

V. Propuesta de solución

23. Si se observa en perspectiva y se quiere solucionar realmente el problema de la impunidad por prescripción, se hace necesario una solución normativa que enfrente los distintos factores que condicionan la prescripción. Sin embargo, no soy de la opinión de declarar imprescriptibles los delitos de corrupción. Sí soy partidario de ampliar los plazos de prescripción. Se requiere de una reforma legislativa que amplíe los plazos de prescripción de manera general para todos los delitos de corrupción y no solo para algunos, como se hace con la regla contenida en el artículo 80 *in fine* del Código Penal.

---

18 *Clemente*, José/*Ríos*, Carlos: Cohecho y tráfico de influencias, Córdoba 2011, p. 57.

19 La Corte Suprema ha reconocido en su Acuerdo Plenario N.° 1-2010/CJ-116, fundamento 7, que el plazo de persecución no es "discrecional del órgano encargado de la persecución, lo que es necesario en un Estado de derecho donde la prescripción cumple una función de garantía fundamental de los ciudadanos frente a la actividad judicial y constituye una sanción a los órganos encargados de la persecución penal por el retraso en la ejecución de sus deberes".

Propongo *duplicar los plazos de prescripción para todos los delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de cargo o función.* El plazo que se posibilita con esta medida, sería más que suficiente para investigar y juzgar los delitos de corrupción. Sería un plazo razonable. Esta medida, aunada a la vigencia actual del nuevo Código Procesal Penal en materia de corrupción que trae consigo un nuevo modelo procesal que posibilita procesos rápidos –con diversas instituciones procesales que garantizan que los procesos no se extiendan en el tiempo y la *regla de suspensión de la prescripción contenida en el artículo 339.1 NCPP* que dispone que la prescripción se suspende cuando se formaliza la investigación preparatoria[20]– sería de mucha ayuda para consolidar un marco normativo anticorrupción eficiente y garantista; y tornaría innecesaria una persecución *ad infinitum.*

24. Además, con esta medida que propongo se haría innecesario modificar la Constitución para posibilitar la imprescriptibilidad, con la consabida dificultad que una reforma constitucional implica. Con la *duplicación del plazo de prescripción* se haría patente, práctica y viable la voluntad política de evitar la impunidad por prescripción de los actos de corrupción, pues para su puesta en marcha basta con una ley. Con esta medida se gana rapidez, eficacia y legitimidad. Sería una respuesta rápida al clamor social y se haría dentro de los márgenes de legitimidad democrática que toda lucha contra la corrupción siempre debe resguardar.

VI. Conclusión

Los delitos de corrupción socavan gravemente la legitimidad del Estado y con él su fundamento democrático. Por ello, es legítimo y se constituye en imperativo sancionar los actos de corrupción. En este ámbito no se debe tolerar la impunidad como efecto de la prescripción de la acción penal de estos delitos. Los procesos por corrupción deben terminar con una sentencia que declare la responsabilidad o inocencia de los acusados.

Por ello, es necesaria una reforma legislativa orientada a evitar la impunidad por prescripción, que entre otras medidas amplíe los plazos de

---

20 Cfr. *Pariona Arana*, Raúl: "La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?" en: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 23, mayo de 2011, p. 221 y ss.

prescripción de todos los delitos de corrupción. Sin embargo, la imprescriptibilidad no es una solución adecuada al problema de la impunidad de estos delitos, tampoco necesaria. Esta medida constituye únicamente una solución aparente, pero además –y esto es lo grave– trae consigo consecuencias contraproducentes para la propia lucha contra la impunidad de los delitos de corrupción.

Por lo señalado, lo más adecuado es duplicar los plazos de prescripción para los delitos de corrupción. Esta medida, conjuntamente con las reglas sobre prescripción que trae consigo el nuevo Código Procesal Penal, es suficiente para evitar la impunidad por prescripción. Esta propuesta tiene adicionalmente dos ventajas: primero, evita el siempre engorroso camino de la reforma constitucional; y, segundo, hace práctica, rápida y eficaz la voluntad política (si esta realmente existe) de evitar la prescripción de los delitos de corrupción.

El marco normativo nacional anticorrupción*

– *Estado actual y propuestas para su consolidación* –

I. Consideraciones previas

1. La corrupción es uno de los problemas fundamentales que afecta no solo a los regímenes de facto, sino también a las democracias constitucionales. El daño que causa al Estado y a la sociedad es de suma gravedad: afectación al correcto funcionamiento de la Administración Pública, al patrimonio del Estado, al carácter público de la función, la moral en el ejercicio de funciones públicas. La corrupción supone un peligro "para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley"[1]. La corrupción genera en la sociedad el descrédito del Estado y la democracia. Producto de la corrupción se inserta en el colectivo social la idea de que la función pública se vende al mejor postor. La corrupción socava la legitimidad del Estado y con ella *el fundamento* del Estado democrático de Derecho.

2. Es por ello que los Estados han emprendido una lucha contra la corrupción al interior de sus fronteras y con acciones concertadas internacionalmente. Las Naciones Unidas en su Convención contra la Corrupción han señalado claramente en este sentido, que la prevención y la

---

* Publicado en: Revista de Derecho y Ciencia Política. Revista Oficial de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 69, Lima 2012.

1 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Preámbulo.

erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que estos deben cooperar entre sí, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces. Existe pues, consenso generalizado sobre la nocividad del fenómeno de la corrupción y la necesidad de enfrentarla decididamente.[2]

3. Para enfrentar a la corrupción se requiere de la voluntad política de los gobiernos. Luego, se necesita que esta voluntad política se traduzca en medidas concretas para implementar un sistema de lucha contra la corrupción y para ello se requiere establecer un marco normativo adecuado que posibilite la prevención, el control y la represión de los actos de corrupción.

4. El marco normativo más eficaz en la lucha contra la corrupción es aquel que está orientado a la *prevención* y *control* de la corrupción en la administración pública[3]. El Estado debe incidir en medidas preventivas orientadas a la transparencia en el ejercicio de la función pública y en el gasto del tesoro público; y, además, debe dar énfasis a los controles formales de la actividad del funcionario público. En este contexto, al sistema penal le correspondría una tarea menos ambiciosa: reprimir los actos de corrupción que ya se han producido. En cierta medida, como han señalado algunos estudios, la actuación del Derecho penal es una constatación del fracaso del Estado en la prevención y control de la corrupción.

Sin embargo, pese a la modesta labor del Derecho penal en la lucha contra la corrupción, su importancia es fundamental, pues el sistema penal será el encargado, como el último bastión, de salvaguardar el mensaje ético social que señala que el Estado no tolera los actos de corrupción; y, con ello, el Derecho penal permitirá resguardar en la conciencia de los ciudadanos la idea de que el Estado sanciona los actos de corrupción. Con la actuación del Derecho penal se salvaguarda la legitimidad del Estado. Por ello, es importante para las democracias constitucionales contar con un sistema penal que garantice efectivamente la sanción de aquellos funcionarios que han incurrido en delitos de corrupción; y, para ello, es importante contar con un marco normativo que posibilite y facilite esta tarea.

---

2 *Rojas Vargas*, Fidel: Delitos contra la administración pública, Lima 2007, p. 620 y s.

3 Este principio tiene su sustento en el principio de subsidiariedad y de *ultima ratio* del control penal. Cfr. *García Cavero*, Percy: Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Lima 2008, p. 92 y ss.

II. Marco normativo que regula la respuesta penal a la corrupción

5. Con la caída del régimen de facto del presidente Fujimori en el año 2000 y el inicio de la lucha contra la corrupción en el Perú, se evidenció por vez primera, de manera dramática, la deficiencia del marco normativo anticorrupción vigente en aquel entonces. Por eso, si hay algún aspecto en el que existe plena coincidencia entre los investigadores, es que al momento de iniciarse el proceso anticorrupción, nuestro sistema de justicia penal no estaba preparado ni era el adecuado para enfrentar el fenómeno de la corrupción en grandes dimensiones.

6. Al poco tiempo de iniciarse los procesos anticorrupción, se empezarían a manifestar las limitaciones y obstáculos que ponían en riesgo el éxito del proceso de lucha contra la corrupción. El modelo de proceso penal diseñado en el antiquísimo Código de Procedimientos Penales de 1940, tenía una serie de falencias que obstaculizaban la investigación y juzgamiento de los actos de corrupción por la preponderancia de las actuaciones escritas, la duplicidad de las diligencias en las fases del proceso, el rol casi marginal del Ministerio Público, entre otros problemas[4]. Las deficiencias del proceso penal, lento y engorroso, ya se habían puesto de manifiesto en la tramitación de los innumerables procesos comunes, por lo que ya hacía tiempo se venía debatiendo en el país sobre la necesidad de contar con un nuevo código procesal con el que se instaure un nuevo modelo de proceso. Sin embargo, el viejo modelo procesal, literalmente tocó fondo cuando se inició el proceso de juzgamiento a la corrupción del régimen fujimorista[5].

7. A causa de estas dificultades, fue necesario un marco normativo sin el cual habría resultado difícil, sino imposible, la investigación, acopio de pruebas y procesamiento de los implicados en casos de corrupción. Esta tarea fue acometida sobre todo durante el Gobierno transitorio del presidente Valentín Paniagua y el Gobierno de Alejandro Toledo, en los cuales se aprobó un importante paquete de medidas anticorrupción. Resaltan de este grupo de normas las siguientes:

---

4 Procuraduría Pública Ad Hoc Anticorrupción: Memoria y Balance (2000-2005).

5 Cfr. *De Belaunde*, Javier: La Reforma del Sistema de Justicia ¿En el camino correcto?, Fundación Konrad Adenauer e Instituto Peruano de Economía Social de Mercado, Lima 2006, p. 46 y ss.

a) Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, Ley N.º 27378 (promulgada el 20 de diciembre del 2000). Según la norma, la información que proporcione el colaborador debe permitir evitar la continuidad o consumación del delito, conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, identificar a los autores y partícipes; así como averiguar el paradero o destino de los bienes, efectos y ganancias del delito; y entregar a las autoridades los instrumentos, efectos, ganancias o bienes delictivos[6]. Esta Ley de colaboración eficaz fue de suma importancia en el desbaratamiento de la organización delictiva.

b) Ley de procedimientos para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, Ley N.º 27379 (promulgada el 20 de diciembre del 2000). Esta norma permitió la detención preliminar, impedimento de salida del país, incautación e interceptación de documentos privados, embargos, levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria, exhibición y remisión de información en poder de instituciones públicas o privadas, allanamiento de inmuebles, inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales, aun antes que se inicie un proceso penal. Esta norma fue igualmente fundamental para el proceso anticorrupción peruano.

c) Las normas orientadas a evitar los problemas dilatorios como:

- Ley N.º 27399 (promulgada el 12 de enero del 2001) que regula la posibilidad de imponer medidas cautelares personales a los funcionarios con derecho a antejuicio constitucional.
- Ley N.º 27652 (promulgada el 24 de febrero del 2002) la cual modificó las disposiciones del Código de Procedimientos Penales sobre los incidentes de recusación a los magistrados.
- Ley N.º 27697 (promulgada el 12 de abril del 2002) la cual otorgó facultades al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados.

---

6 *Ugaz Sánchez-Moreno*, José: Un año de lucha anticorrupción: Balance de la Procuraduría Ad-Hoc, Revista Ideele N.º 143, diciembre del 2001.

- Ley N.° 27994 (promulgada el 6 de junio del 2003) la cual modificó el Código de Procedimientos Penales con la finalidad de abreviar o agilizar el informe final del juez instructor.
- Ley N.° 28177 (promulgada el 10 de diciembre del 2003) de celeridad y eficacia procesal con el objeto de reducir la carga procesal buscando neutralizar las maniobras dilatorias.

En el Balance del Subsistema Anticorrupción[7] se puntualiza que, en total, se emitieron veintitrés normas penales conel fin de fortalecer los procesos anticorrupción.

8. Los resultados de este paquete normativo favorecieron de manera importante a la lucha contra la corrupción. Como han señalado los estudios[8], gracias a este marco normativo ha sido posible conocer un conjunto de acciones delictivas que permanecían ocultas, identificar a los principales responsables de estos hechos, determinar la dinámica y estructura de la organización, acopiar pruebas que documentan suficientemente la existencia de los delitos, procesar a los responsables e imponerles sanciones penales.

III. Medidas legislativas pendientes para consolidar el marco normativo anticorrupción - Propuestas

9. Como se ha señalado inicialmente, la medida más importante para la lucha contra la corrupción es la voluntad política. Sin esta, cualquier esfuerzo es vano.

Con voluntad política, incluso con el marco normativo actual, se alcanzarían logros importantes. A continuación presentamos algunas propuestas que bien podrían ayudar a consolidar aún más el marco normativo actual para la lucha anticorrupción.

---

7 Cfr. Procuraduría Pública Ad Hoc Anticorrupción: Memoria y Balance (2000-2005)

8 Cfr. *Gamarra*, Ronald/ *Ramírez*, Lilia/*Del Carpio*, Silva: "Balance del subsistema anticorrupción", en: Consorcio Justicia Viva, Lima 2007; *De Belaúnde*, Javier: La Reforma del Sistema de Justicia, ¿En el camino correcto? Fundación Konrad Adenauer e Instituto Peruano de Economía Social de Mercado, Lima 2006; *Ugaz Sánchez-Moreno*, José: "Un año de lucha anticorrupción: Balance de la Procuraduría Ad-Hoc", Revista Ideele N.° 143, diciembre del 2001.

A. Concepto de funcionario público

10. Una tarea pendiente para consolidar el marco normativo de la lucha contra la corrupción es el referido a la necesidad de regular debidamente en el Código Penal el concepto de funcionario público a efecto penales.

Este ha sido uno de los problemas que se viene arrastrando desde la década pasada. Recordemos el caso *Kouri-Montesinos* del famoso video que dio lugar a la caída del régimen fujimorista. Durante el juzgamiento judicial, la defensa afirmó que el congresista electo no era funcionario público, por lo que su conducta no se subsumía en el tipo penal del delito de corrupción. En la doctrina existía un sector que respaldaba la tesis de la defensa y otro sector que señalaba que un congresista electo sí era considerado funcionario público a efectos penales[9]. La jurisprudencia de nuestro país resolvió esta controversia, señalando que un congresista electo sí era funcionario público a efectos penales y, en consecuencia, procedió a declarar culpable del delito de corrupción al congresista Kouri.

11. Con el objeto de evitar dudas en la interpretación y lograr seguridad jurídica en la solución de casos similares, se requiere de una reforma legislativa del art. 425 del Código Penal orientada a modificar y ampliar el concepto de funcionario público para comprender expresamente en esta categoría a quienes asumen cargo por elección popular, aun cuando no hayan sido envestidos o juramentado al cargo.[10] Esta medida legislativa consolidaría el marco normativo necesario que debe acompañar a la lucha contra la corrupción. Además, así se estaría más acorde con el marco establecido por la Convención Interamericana contra la corrupción que considera funcionario público a efectos penales a "todas aquellas personas que han sido *seleccionadas*, designadas o *electas* para desempeñar actividades o funciones a nombre del estado o a su servicio"[11].

---

9 Cfr. *Abanto Vásquez*, Manuel: Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano, Lima 2003, p. 25 y ss.

10 En esta línea también *Abanto Vásquez*, Manuel: Los delitos contra la Administración Pública, p. 26.

11 Convención Interamericana contra la Corrupción.

B. Tipificación del comportamiento del interesado en el delito de colusión (art. 384 CP) y tráfico de influencias (art. 400 CP)

12. El delito de colusión es un delito de *participación necesaria.* Supone siempre la participación de dos partes en una suerte de contrato donde se compra y vende la función pública. El legislador ha sancionado en el art. 384 del Código Penal el comportamiento del funcionario público que se cólude con los interesados para defraudar al Estado. Sin embargo, el legislador no ha tipificado expresamente en un tipo penal de la Parte Especial del Código Penal la conducta del interesado, de aquel particular o empresario que propicia la colusión para favorecerse con los contratos del Estado.

En estos casos, la jurisprudencia ha procedido aplicando las reglas generales de la parte general para comprender estas conductas como supuestos de participación[12] (instigación o complicidad) en el delito de colusión, aun cuando reúnen contenido de injusto propio. En la literatura existen serios cuestionamientos a la legalidad de este procedimiento. Por ello, con el objetivo de consolidar el marco normativo anticorrupción, el legislador debería proceder a tipificar el comportamiento del interesado en un artículo independiente en la Parte Especial del Código Penal, de modo similar a como lo ha hecho al tipificar el cohecho activo.

13. El mismo problema presenta el delito de tráfico de influencias, puesto que al igual que el caso anterior, se trata de un delito de *participación necesaria* donde el traficante vende sus influencias a un interesado. El legislador sanciona la conducta del traficante en el art. 400 del Código Penal. Sin embargo, ha dejado un vacío en la Parte Especial del Código Penal respecto al merecimiento de pena del interesado que es el que incentiva y se ve favorecido por el tráfico de influencias. En el caso del delito de tráfico de influencias se ha producido en la doctrina nacional un intenso debate sobre la relevancia penal de la conducta del interesado.[13] Un sector minoritario de la doctrina ha señalado que el silencio del legislador debía interpretarse como la voluntad de considerar impune el comportamiento de los interesados. Otro sector de la doctrina ha seña-

---

12 *García Cavero*, Percy: "Aspectos Dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal", en: García Cavero, Percy / Castillo Alva, José: El delito de colusión, Lima 2008, p.52 y ss.

13 Cfr. *Abanto Vásquez*, Manuel: Los delitos contra la Administración Pública, p. 535.

lado que este silencio debe entenderse como la voluntad del legislador de dejar a las reglas generales de la complicidad o de la instigación, la comprensión del comportamiento del interesado.

Al enfrentarse a estos casos, la jurisprudencia de nuestro país ha optado por la solución según la cual el interesado en el delito de tráfico de influencias respondería como partícipe del delito, es decir, como cómplice o instigador del delito. Se ha consolidado la doctrina jurisprudencial que fundamenta la relevancia penal de la conducta del interesado cuando este realiza un comportamiento que rebasa el rol neutral de ciudadano que se motiva por la legalidad en su actuar y superando un *mínimo necesario* provoca, favorece o contribuye a la realización del delito. Sin embargo, a efectos de evitar cuestionamientos de legalidad, lo adecuado para la consolidación del marco normativo anticorrupción que debe acompañar toda acción decidida del Estado contra la corrupción, es la tipificación del comportamiento del interesado en un artículo independiente de la Parte Especial del Código Penal, del mismo modo como hemos planteado para el interesado en el delito de colusión. El legislador debería tipificar en la Parte Especial el comportamiento del traficante y del interesado como lo ha hecho con el cohecho pasivo y cohecho activo.

C. La reforma legislativa orientada a ampliar los plazos de prescripción de los delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de cargo o función

14. Finalmente, es necesario una reforma legislativa orientada a ampliar los plazos de prescripción, pues es frecuente ver que los procesos penales se ven truncados por imperio de la prescripción, generando en la sociedad la sensación de impunidad generalizada de los actos de corrupción: "roban, dilatan sus procesos, y salen libres a disfrutar el fruto de su delito" se repite frecuentemente.

a) Regulación actual de la prescripción para los delitos de corrupción

15. Las reglas de prescripción aplicables a los delitos de corrupción, salvo el caso cuando estas acciones afectan al patrimonio del Estado, son las mismas reglas generales aplicables a todos los delitos. El delito prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito.

Extraordinariamente, el delito prescribirá cuando el tiempo transcurrido supere en una mitad al plazo ordinario de prescripción (arts. 80 y 83 CP).[14] Sin embargo, debido a que por lo general los delitos cometidos por lo funcionarios públicos no tienen penas altas y por la duración de los procesos, la regulación actual favorece la prescripción de los delitos de corrupción, truncando los procesos en marcha.

b) Regla especial para delitos contra el patrimonio del Estado

16. El legislador ha previsto una regla especial de prescripción para los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado: la duplicación de los plazos de prescripción (art. 80 *in fine* CP).

¡Esta medida es correcta, pero insuficiente! Está bien que se amplíen los plazos de prescripción para casos de delitos cometidos por funcionarios públicos, pues estos generalmente utilizan su posición de poder, sus conocimientos del sistema de justicia, sus recursos para huir de la acción de la justicia y hacer que sus delitos prescriban. Sin embargo, tal como está estipulada esta regla especial, solo será aplicable a algunos delitos cometidos por los funcionarios públicos: a los que afecten el patrimonio del Estado.[15] En la práctica será únicamente al delito de peculado y malversación de fondos. En la discusión sobre la amplitud de la aplicación de esta regla especial donde se discutía la ampliación de la prescripción a delitos como el de cohecho, enriquecimiento ilícito y otros, la Corte Suprema ha zanjado la discusión señalando que la regla especial se aplica únicamente al delito de peculado. En consecuencia, con esta regla y con esta interpretación, no se ha avanzado en la ampliación de los plazos de prescripción para todos los delitos cometidos por funcionarios públicos.

---

14 Sobre los fundamentos de la prescripción y sus modalidades. Cfr. *Meini*, Iván: "Sobre la prescripción de la acción penal", en Imputación y responsabilidad penal, Lima 2009, p. 277 y ss.

15 Sobre la problemática del ámbito de aplicación de la regla especial de prescripción, cfr. mi trabajo "La prescripción en los delitos contra la administración pública" publicado en: Gaceta Penal N.º 10, Abril 2010, p. 149 y ss.

c) ¿Es la imprescriptibilidad la solución a los problemas de impunidad?

17. Ante este panorama, distintos juristas y políticos han planteado la *imprescriptibilidad de los delitos de corrupción*. Dado que es intolerable en un Estado de derecho que los actos de corrupción prescriban dejando maniatada a la justicia, es necesario declarar imprescriptibles los delitos de corrupción, reza su discurso. Se apoyan en el rechazo que provoca en la sociedad la impunidad por prescripción y porque es bien recibida por los electores la promesa de imprescriptibilidad de la corrupción, como lo es también el fusilamiento de los corruptos.

18. Pese a todo, consideramos que la medida de la imprescriptibilidad es contraproducente para el propio Estado de derecho, por lo que debería dejarse de lado tal propuesta a efectos de consolidar el marco normativo anticorrupción.

Considerar a los delitos de corrupción como imprescriptibles, significaría equipararlos con los delitos de *lesa humanidad*, lo cual a mi parecer rompe gravemente el *principio de proporcionalidad* y la recta evaluación del *contenido del injusto* de estos delitos. El acto de apropiación de 1,000 o 10,000 soles que realiza un funcionario público, no puede ser equiparado con el acto de torturar, asesinar y desaparecer personas lesionando la dignidad del ser humano como valor universal.

Con la tesis de la imprescriptibilidad también se pone en cuestión el principio de proporcionalidad del ordenamiento jurídico penal, pues se pretende declarar imprescriptibles actos de corrupción y no se hace lo propio con delitos mucho más graves como el *asesinato*, la *extorsión* o la *violación sexual de menores*. El programa político criminal que trajo consigo el código penal de 1991 se vería así desbordado, generándose más bien un abanico de normas penales no sistematizadas en función de los valores o bienes jurídicos. El ordenamiento penal se convertiría así en un cúmulo de normas penales que responden únicamente a las exigencias sociales, de los electores o a presiones de los medios de comunicación.

Declarar imprescriptibles los delitos de corrupción podría llevar también a soluciones contraproducentes para la misma lucha legítima contra la corrupción. Así, una solución semejante al problema de la impunidad y la necesidad legítima de ampliar la prescripción podría con-

vertirse en una solución aparente e incluso políticamente injusta, con el consiguiente peligro de abrir el camino a un Derecho penal sin garantías. "Si la potestad de perseguir del Estado no se extinguiera nunca, puede mantenerse las causas de por vida, como una espada de Damocles para los adversarios políticos"[16]. Además, se generaría un incentivo negativo que llevaría a relevar al Estado de su deber de resolver la situación de los procesados con prontitud.

d) Propuesta de solución

19. Por todas las razones expuestas, no soy de la opinión de declarar imprescriptibles los delitos de corrupción. Sí soy partidario de ampliar los plazos de prescripción. Se requiere de una reforma legislativa que amplíe los plazos de prescripción de manera general para todos los delitos de corrupción.

Propongo *duplicar los plazos de prescripción para* ***todos*** *los delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de cargo o función.* El plazo que se posibilita con esta medida, sería más que suficiente para investigar y juzgar los delitos de corrupción en sentido amplio. Es un plazo razonable. Esta medida aunada a la vigencia actual del nuevo Modelo Procesal Penal en materia de corrupción que agiliza la investigación y juzgamiento y suspende la prescripción cuando se formaliza la investigación preparatoria (art. 339 NCPP), sería de mucha ayuda para consolidar un marco normativo anticorrupción eficiente y garantista; y se haría innecesaria una persecución *ad infinitum.*

20. Además, con esta medida que propongo se haría innecesario modificar la Constitución para posibilitar la imprescriptibilidad, con la consabida dificultad que una reforma constitucional implica. Con la *duplicación del plazo de prescripción* se haría patente, práctica y viable la voluntad política de evitar la impunidad por prescripción de los actos de corrupción, pues para su puesta en marcha basta con una ley. Con esta medida se gana en rapidez, eficacia y legitimidad. *Sería una respuesta rápida al clamor social, y se haría dentro de los márgenes de legitimidad democrática que toda lucha contra la corrupción siempre debe resguardar.*

---

16 *Clemente*, José/*Ríos*, Carlos: Cohecho y tráfico de influencias, Córdoba 2011, p. 57.

Sobre la aplicación de la regla especial de prescripción del Art. 80° *in fine* del Código Penal a los partícipes *extranei**

I. Preliminares

1. En un Estado donde la justicia rige, quien comete un delito debe ser sancionado. La sanción al delincuente constituye la materialización del *principio de justicia.* El Ministerio Público debe instaurar la acción penal contra el presunto autor, y un tribunal de justicia, en el marco de un proceso penal, debe imponerle una pena si es hallado responsable.

En el derecho nacional, la vigencia del *principio de justicia* debe admitir una excepción cuando se produce la prescripción. Mediante la instauración de la prescripción, el Estado renuncia a la persecución penal: el simple transcurso del tiempo impedirá que la justicia penal accione o siga accionando contra quien ha intervenido en un delito[1]. Según las reglas generales, el delito prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada para el delito (art. 80, primer párrafo CP) y en caso se produzca alguna interrupción, cuando el tiempo trascurrido sobrepasa en una mitad al máximo de la pena fijada para el delito (art. 83 *in fine* CP). Ambos supuestos han sido catalogados por nuestra doctrina y jurisprudencia

---

* Publicado en: 20 años de Vigencia del Código Penal peruano. Desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales, Lima 2012.

1 Según *Prado Saldarriaga*, la "prescripción puede definirse como el transcurso del tiempo que extingue la persecución de un delito o la ejecución de una pena". Cfr. su obra Todo sobre el Código Penal, Tomo I, Lima 1996, p. 155.

como prescripción ordinaria y extraordinaria respectivamente[2]. Así lo ha declarado la Corte Suprema: "La *prescripción ordinaria* de la acción penal opera en un plazo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, si es privativa de libertad; y a los dos años si el delito es sancionado con pena no privativa de libertad; sin embargo, cuando el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es interrumpido por actuaciones del Ministerio Público o del órgano judicial, la acción penal prescribe de *modo extraordinario*, al cumplirse cronológicamente el plazo de prescripción ordinario más la adición de la mitad de dicho plazo, tal como lo dispone el párrafo *in fine* del artículo ochenta y tres del Código Penal"[3].

2. Junto a las mencionadas *reglas generales* de prescripción, el legislador ha establecido una *regla especial* en el art. 80 *in fine* del Código Penal: "*En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, (...), el plazo de prescripción se duplica*". Así, por ejemplo, en el delito de peculado (art. 387 CP) el plazo de prescripción de la acción penal contra el funcionario público autor del delito ya no será de ocho (8) años, sino de 16 (dieciséis) años[4].

La *regla especial* de prescripción constituye una respuesta del legislador ante la frecuente impunidad de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado[5], pues posibilita a la justicia un plazo mayor para la persecución y sanción del delito. La Corte Suprema, en su Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, ha señalado al respecto que "la ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa"[6]. Sin embargo, más allá de las buenas intenciones

---

2 *Meini*, "Sobre la prescripción de la acción penal", en: Imputación y responsabilidad penal, Lima 2009, p. 277; *García Cavero*, Derecho penal. Parte general, Lima 2012, p. 890.

3 Cfr. R.N.N.º 2212-2004-Lambayeque.

4 Cfr. R.N.N.º 398-2004-Lima; R.N.N.º 3443-2001-Callao

5 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 1805-2005-HC/TC, fundamento 16.

6 –Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, fundamento 12.

del legislador, el texto de la norma no facilita del todo el cumplimiento de los objetivos propuestos, debido básicamente a su falta de claridad que ha originado diversos problemas de interpretación[7].

II. El problema

3. Del texto de la norma, se desprende que la regla especial que dispone la duplicación del plazo de prescripción se aplicará a los funcionarios públicos que intervienen en el delito que atenta contra los intereses patrimoniales del Estado[8]. Sin embargo, la norma no da indicación alguna respecto de si la *regla especial* de prescripción alcanza o no a los partícipes *extranei*, por ejemplo, en un caso de peculado, si también se puede duplicar el plazo de prescripción al particular (*extraneus*) que interviene en el delito como cómplice. El problema es relevante, puesto que, por lo general, los delitos cometidos por funcionarios públicos contra los intereses patrimoniales del Estado, no son obra de una sola persona, sino que frecuentemente en su comisión intervienen distintas personas entre funcionarios públicos y particulares. El problema tratado en el presente trabajo puede ser formulado de la siguiente manera: ¿Es posible aplicar la ***regla especial de prescripción*** **contenida en el art. 80 *in fine* del Código Penal (duplicación del plazo de prescripción) a los *extranei* de un delito cometido por funcionarios públicos en contra del patrimonio del Estado?**

III. El Estado de la cuestión

4. El problema de la aplicación de la regla especial de prescripción del art. 80 *in fine* del Código Penal a los *extranei* no es solamente teórico. Se trata, en realidad, de un problema de acuciante relevancia práctica que, por lo mismo, se ve reflejado en la jurisprudencia de nuestros tribu-

---

7 Sobre la problemática del ámbito de aplicación de la regla especial de prescripción, cfr. mi trabajo "La prescripción en los delitos contra la administración pública" publicado en: Gaceta Penal N.° 10, Abril 2010, p. 149 y ss.

8 Cfr. *Abanto Vásquez*, Delitos contra la Administración pública, Lima 2003, p. 92 y ss.; *Hurtado Pozo* y *Prado Saldarriaga*, Manual de Derecho penal. Parte general, Lima 2011, p. 423.

nales de justicia[9]. En la aplicación de la ley al caso concreto, los tribunales al interpretar la misma regla de prescripción arriban a conclusiones distintas, incluso contradictorias. La doctrina tampoco ha ayudado en la solución del problema.

5. En los esfuerzos por un recto entendimiento de la *regla especial de prescripción*, surgen básicamente dos líneas de interpretación. La primera se basa en el siguiente razonamiento: dado que los partícipes *extranei* han intervenido en el mismo delito (y, por lo tanto, en el mismo injusto) cometido por el funcionario público contra el patrimonio del Estado, la regla especial de prescripción debe aplicarse también a los *extranei*. Además, la extensión de la regla especial de prescripción estaría justificada en el hecho de que el injusto del partícipe *extraneus* sería frecuentemente igual de reprochable que el del autor. También se argumenta que si se considera que la norma hace referencia al "delito" y no a los autores o partícipes, entonces no debería diferenciarse entre autores y partícipes *extranei* en la aplicación de esta regla de prescripción: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Esta línea de interpretación es asumida por parte de la jurisprudencia. Por ejemplo, en el caso "*Cuttin Dreyer*" un tribunal de la Corte Superior de Justicia de Lima señaló que "la conducta delictiva incoada por el partícipe, sea instigador o cómplice, no es autónoma, sino dependiente de la conducta del autor, tal como lo establece la regla de la 'accesoriedad de la participación', siendo esta la que sirve de base a la evaluación de los plazos de prescripción de la acción penal"[10]. Según este razonamiento, los partícipes *extranei* participarían del mismo injusto cometido por el funcionario público y, por lo tanto, también les sería aplicable la *regla especial* contenida en el art. 80 *in fine* del Código Penal que dispone la duplicación del plazo de prescripción.

6. La segunda línea de interpretación sostiene que a los partícipes *extranei* no les es aplicable la regla de la duplicación del plazo de prescripción, puesto que la norma contenida en el art. 80 *in fine* del Código Penal es clara al señalar que dicha regla se aplica únicamente a los funcionarios

9 Cfr. Resolución N.º 26A-2006; N.º 014A-06-"B" de la Quinta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

10 Resolución N.º 014A-06-"B", fundamento 5.

o servidores públicos. Además, esta propuesta de interpretación estaría acorde con lo preceptuado en el art. 41 de la Constitución Política que señala que la duplicación procede contra los funcionarios públicos.

También un sector de la jurisprudencia nacional defiende esta línea interpretativa. En un reciente pronunciamiento en el "*caso Miyagusuku*", un tribunal de la Corte Superior de Justicia de Lima señaló que: i) la Constitución Política "limita el plazo de duplicidad de la prescripción a los funcionarios y servidores públicos"; ii) la aplicación de la duplicidad de plazo de prescripción "no procede para partícipes en el delito contra la administración pública, que lesione el patrimonio del Estado, pero que sean ajenos a la función pública"; iii) que "pretender extender la calidad de funcionario público a quien actuó como particular (...) excedería los límites de la interpretación normativa y constituiría un acto de aplicación analógica de la ley, que, siendo en este caso en perjuicio del acusado (*in malam partem*) queda proscrito por el ordenamiento constitucional, por vulnerar el principio de legalidad (en cuanto exigencia de ley estricta)"[11].

7. Este panorama, caracterizado por interpretaciones diversas de una misma norma, es la muestra palpable de la falta de claridad de la ley. Es urgente la unificación de criterios para dar seguridad a la administración de justicia. En este artículo, presento la *propuesta de solución* que el 2 de noviembre de 2011 sustenté ante el Pleno de los Jueces Supremos de la Corte Suprema en el marco de las Audiencias Preparatorias del VII Pleno Jurisdiccional en Materia Penal.

IV. Consideraciones previas

8. Antes de pasar a fundamentar la concepción defendida en este trabajo, es necesario abordar tres puntos temáticos que se han presentado frecuentemente en la discusión. Su tratamiento previo permitirá clarificar la discusión.

[11] Resolución N.º 26A-2006, fundamento 7.

1. La solución del problema no puede fundamentarse en el "argumento de literalidad"

9. Para defender la tesis de la no extensión de la regla especial de prescripción a los partícipes *extranei* suele recurrirse al argumento de literalidad[12]. Según esta interpretación, la norma sería ***clara*** al señalar que la regla de prescripción se aplica al funcionario público que comete un delito contra el patrimonio del Estado. La norma no hace referencia al *extraneus*, por lo que no le sería aplicable. Luego, según esta línea de pensamiento, la aplicación de esta regla especial de prescripción a los partícipes *extranei* violentaría el principio de legalidad.

10. En mi opinión, este no es el mejor argumento para defender la solución de la no aplicación de la *regla especial* de prescripción a los partícipes *extranei*. Pues más bien la literalidad de la norma parece habilitar la aplicación de dicha regla a los *extranei*. En efecto, la norma señala que se duplica el plazo de prescripción "*en casos de **delitos** cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado* (...)". Es decir, la norma tiene como presupuesto de aplicación la concurrencia de determinados "delitos", a saber, *delitos* cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado. Luego, la concurrencia de estos delitos habilitaría la aplicación de la regla especial a todos aquellos que intervienen en el delito, es decir, tanto a autores como a partícipes, con independencia de si son *extranei* o no.

11. De lo expuesto se observa que lo único claro es que la norma no ha previsto una regulación expresa sobre si la regla especial es aplicable a los *extranei*. Incluso quienes sostienen el argumento de literalidad, admiten que la norma únicamente hace referencia a la concurrencia de determinados "delitos". Más allá de esta referencia no existe apoyo normativo a su interpretación. En consecuencia, una solución convincente del problema requiere de una sustentación mucho más profunda y que se apoye en otros fundamentos.

---

12 Sobre la interpretación con base en el argumento de literalidad, cfr. *Hurtado Pozo* y *Prado Saldarriaga*, Manual de Derecho penal. Parte general, Lima 2011, p. 200 y ss.

2. La teoría de la "unidad del título de imputación" no ayuda a la solución del problema

12. También la teoría de la unidad del título de imputación es utilizada para defender la tesis de la aplicación de la *regla especial* de prescripción a los partícipes *extranei*. Según dicha teoría[13], el autor funcionario público realiza el injusto del delito que afecta al patrimonio público (p. ej. el delito de peculado) y los partícipes *extranei* prestan ayuda para la realización de ese mismo injusto, por ello, el título de imputación será único (así p. ej. el funcionario público responderá como autor del delito de peculado y los partícipes *extranei* como cómplices o instigadores de ese mismo delito[14]). Luego, de acuerdo con ese razonamiento, si tanto autores como partícipes *extranei* responden por el mismo injusto, entonces debería aplicárseles igualmente a todos ellos la *regla especial* de prescripción.

13. Pese a la claridad de la explicación que resulta del empleo de la mencionada teoría, a mi juicio se incurre en un error metodológico, que hace que dicha solución sea solo aparente. El error radica en que se pretende utilizar una teoría que sirve para la "asignación del título de imputación" a un problema radicalmente distinto relacionado con la prescripción. La asignación del título de imputación es una cuestión que pertenece a la teoría de la autoría y participación y que ayuda a determinar en qué calidad intervienen sus actores en el injusto[15]. Por el contrario, la problemática de la prescripción surge en un estadio posterior y, además, en un plano distinto. Ya configurado el delito y la forma de participación de los intervinientes, recién en un momento posterior –durante la persecución del delito–, se torna relevante la problemática de la aplicación de las reglas de prescripción.

---

13 Cfr. *Villavicencio Terreros*, Derecho penal. Parte general, Lima 2009, p. 506-508. Un estudio importante sobre la teoría de la unidad del título de imputación lo ofrece Abanto Vásquez en su libro Los delitos contra la administración pública, p. 45 y ss.

14 En la doctrina nacional, los problemas de autoría y participación del delito de peculado son resueltos mayoritariamente con la teoría de la unidad del título de imputación. Cfr. Abanto Vásquez, Los delitos contra la administración pública, p. 360.

15 La problemática de la asignación del título de imputación es propio de la "participación en delitos especiales", cfr. *López Barja de Quiroga*,Tratado de Derecho penal. Parte general, Navarra, 2010, p. 1128.

14. Desde otro punto de vista, se puede indicar también que la teoría de la unidad del título de imputación ha cumplido con esclarecer que el funcionario público es el autor del delito especial y que el *extraneus* es cómplice de ese delito. Se ha logrado determinar y calificar (asignar un título de imputación) a los intervinientes en el delito. Sin embargo, se sigue sin responder por qué la *regla especial* que dispone la duplicación del plazo de prescripción le sería aplicable al *extraneus*. La teoría de la unidad del título de imputación no brinda el fundamento de por qué debería extenderse la regla especial de prescripción al *extraneus*.

3. La regla especial de prescripción sí puede ser aplicada diferenciadamente distinguiendo entre funcionarios públicos y extranei

15. Un argumento frecuente para fundamentar la aplicación de la regla especial de prescripción a los partícipes *extranei*, refiere que la aplicación de la regla, solo a los funcionarios públicos, constituiría una aplicación diferenciada de las normas de prescripción, lo cual no sería correcto, pues la prescripción debería estar en función del delito y no de los intervinientes.

Dicho argumento no es correcto. Si bien la ley tiene en cuenta el delito y el momento de su consumación para la determinación del plazo de prescripción; sin embargo, la ley distingue entre los distintos intervinientes a efectos de aplicar las reglas de prescripción. En el art. 88 del Código Penal esto se dispone claramente: "La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible". Nuestra ley adopta un *sistema personal* de la prescripción en el que la prescripción está dirigida a cada interviniente de manera individual, descartando a la vez un sistema objetivo de prescripción en el que "la prescripción se suspende o interrumpe para todos los que han concurrido en el hecho punible, aun cuando sus causales solamente se refieran a un autor o partícipe"[16].

16. Por lo general, los plazos de prescripción son iguales para todos los intervinientes. Sin embargo, la ley establece determinados casos en los que debe aplicarse de manera diferenciada reglas especiales de prescrip-

[16] Cfr. Roy Freyre, Causas de extinción de la acción penal y de la pena, Lima 1997, p. 94.

ción. Los casos más saltantes son la aplicación individual y diferenciada de las reglas de suspensión e interrupción (art. 88 CP) y las reglas referidas a la reducción del plazo de prescripción cuando el interviniente es menor de veintiún años o mayor de sesenta y cinco años en el momento de la comisión del delito (art. 81 CP). Estas reglas especiales de prescripción se aplicarán únicamente a quienes tengan la cualidad exigida por la norma[17].

17. Otro de los casos previstos por el Código Penal, en el que las reglas de prescripción se aplican de modo separado y diferenciado, es precisamente aquel que es objeto de este artículo: la aplicación de la regla especial de prescripción que dispone la duplicación del plazo de prescripción. Aquí, dicha duplicación se aplicará únicamente al funcionario público que cometa un delito en contra del patrimonio del Estado, mientras que al partícipe *extraneus* se le aplicará solo las reglas generales de prescripción.

V. Propuesta de solución

18. La regla de la duplicación del plazo de prescripción contenida en el art. 80 *in fine* del Código Penal no es clara, porque la norma: *i)* únicamente establece como presupuesto la concurrencia de un "delito" cometido por funcionario público contra el patrimonio del Estado; *ii)* no indica si la regla especial se aplica o no al *extraneus*. Por eso, para la solución del problema se hace necesario indagar en la racionalidad de la norma y en las especiales finalidades político-criminales perseguidas por ella.

1. La finalidad político-criminal de la norma ha sido castigar al funcionario público

19. Para entender la finalidad político-criminal de la *regla especial* de prescripción, es necesario repasar los antecedentes de la norma.

---

17 El carácter personal de la prescripción también es resaltado por *Sebastián Soler* en Argentina, quien señala: "La prescripción, aun cuando parte de un hecho, tiene carácter estrictamente personal. Sus efectos no se extienden a todos los copartícipes". Cfr., Derecho penal argentino, T. II, Buenos Aires, 1951, p. 515.

El Código Penal de 1863 no contenía ninguna *regla especial* de prescripción, sino solo reglas generales[18]. Tampoco la redacción original del Código Penal de 1924 contenía una *regla especial* como aquella. El antecedente más remoto de la norma especial de prescripción es el Decreto Legislativo N.º 121 de junio de 1981 que introdujo en el art. 119 del Código de 1924 una regla *especial* frente a las reglas generales de prescripción. La norma señalaba: "El plazo de la prescripción se aumentará en una mitad tratándose de delitos en agravio del Estado".

20. Al promulgarse el Código Penal de 1991, el legislador dejó de lado esa regla especial de prescripción. La orientación político-criminal del legislador en materia de prescripción fue establecer reglas generales sin admitir excepciones y, sobre todo, alejar cualquier riesgo de trato diferenciado en la protección de los intereses del Estado frente a los de los ciudadanos. Por eso, el entonces art. 80 del Código Penal se limitó a señalar las reglas generales de prescripción. La regulación lograda en materia de prescripción fue el resultado de una exitosa y positiva combinación de criterios político-criminales.

21. La regulación lograda en el Código Penal de 1991 fue cuestionada por vez primera con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993, pues esta, en su capítulo sobre la "función pública" incluyó una norma sobre la prescripción penal que introducía nuevamente una regla especial de prescripción. La Constitución de 1993 señala expresamente en su art. 41 *in fine* sobre "Responsabilidad de los Funcionarios y Servidores Públicos" que: "El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado". Con esta norma, se introdujo nuevamente en el ordenamiento jurídico una regla especial de prescripción, rompiendo con los principios que inspiraron el Código Penal de 1991.

22. La repercusión que la introducción de la citada norma constitucional tendría en la legislación penal era previsible. Efectivamente, poco tiempo después, en mayo de 1994 mediante la Ley N.º 26314 se introdujo en el art. 80 *in fine* del Código Penal la regla especial de prescripción que disponía la duplicación del plazo de prescripción en caso de delitos co-

[18] Véase la Exposición Comentada y Comparada del Código Penal del Perú de 1863 de *José Viterbo Arias*, Lima 1900.

metidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado. Con esta medida del legislador, se instauró nuevamente en el Derecho Penal peruano una excepción a las reglas generales de prescripción.

23. Del desarrollo legislativo de la regla especial de prescripción, se observa que la finalidad político-criminal del legislador fue castigar a los *funcionarios públicos* que atentaran contra el patrimonio del Estado. En efecto, si el Código Penal de 1924 disponía la aplicación de una *regla especial* de prescripción para los delitos en agravio del Estado sin importar si estos eran cometidos por funcionarios públicos; luego, si se decidió derogarla con el objetivo de salvaguardar el principio de igualdad; y, si posteriormente se introdujo nuevamente una regla especial de prescripción, pero esta vez exigiendo que el delito sea cometido por un funcionario público, entonces, se puede deducir que se ha puesto en vigencia una norma que prevé la aplicación de la *regla especial* de prescripción no simplemente a quienes cometen delitos en agravio del patrimonio del Estado, sino únicamente al funcionario público que comete un delito de esta clase. La nueva regulación se legitima, frente a los cuestionamientos a la regulación anterior, en tanto se restringe su aplicación únicamente al funcionario público.

La finalidad político-criminal del legislador también puede extraerse de la Constitución Política que es la que ha dado sustento a la regulación del art. 80 *in fine* del Código Penal. En efecto, cuando la Constitución regula la duplicación del plazo de prescripción lo hace en el capítulo asignado a la función pública y en el artículo referido a la "Responsabilidad de los Funcionarios Públicos"; de modo que queda claro, por la lectura sistemática de la norma, que el legislador no pretendía aplicarla a los *extranei*. Esta conclusión es consecuencia de una interpretación conforme a la Constitución que obliga a preferir la más adecuada al texto constitucional en caso de varias posibilidades interpretativas[19].

En consecuencia, una interpretación acorde con la finalidad político-criminal de la norma debe concluir que la regla especial de prescripción que dispone la duplicación del plazo de prescripción, debe aplicarse únicamente al funcionario público y no al *extraneus*.

---

19 Cfr. García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, Lima 2012, pp. 302-303.

2. El fundamento de la especial gravedad que justifica la aplicación de la regla especial de prescripción es la infracción de los deberes especiales del funcionario público

24. La regla especial de prescripción está orientada únicamente a los funcionarios públicos, pues la intervención de estos en la comisión de los delitos contra el patrimonio del Estado, desde el prisma de los deberes especiales que le incumben, es mucho más reprochable que la actuación de los *extranei*.

Ciertamente, desde la perspectiva de la dañosidad social, podría aceptarse que en muchos casos la gravedad de la conducta de los partícipes *extranei* es la misma que la del autor. Sin embargo, desde la perspectiva de los deberes especiales que incumben al funcionario público, su comportamiento delictivo es más grave puesto que se infringen deberes especiales distintos a los deberes generales de los *extranei*[20]. El funcionario público no solo tiene el deber de no perjudicar patrimonialmente al Estado (deber general correspondiente a todos los ciudadanos), sino que él, como funcionario público, tiene también el deber de evitar que otros afecten el patrimonio estatal, esto es, el funcionario debe cuidar y proteger los intereses del Estado. Esta mayor gravedad de la actuación de los funcionarios públicos justificaría la aplicación de la regla especial de prescripción solo a ellos.

25. Desde una perspectiva más amplia y solo a efectos de la aplicación de las reglas de prescripción del art. 80 *in fine* del Código Penal, se tiene lo siguiente: Incluso cuando el funcionario no tenga el deber específico de administrar los bienes del Estado (repárese en que la norma hace referencia únicamente a la calidad de funcionario público), él, como funcionario público, tiene un deber de fidelidad y lealtad, expresado en un deber de proteger los intereses del Estado y, por lo mismo, también los intereses patrimoniales de este. En cambio, los *extranei* no están vinculados a ese deber especial, sino solo al deber general de no afectar el patrimonio ajeno. Por lo tanto, si los *extranei* afectan directamente el patrimonio estatal, su responsabilidad estará definida por la infracción del deber general de no cometer delitos. Y en el caso de los *extranei* que intervienen

---

[20] Este mayor reproche en función de los deberes especiales es reconocido ampliamente por la doctrina, cfr. solo Abanto Vásquez, Los delitos contra la administración pública, pp. 58 y ss.

como cómplices o instigadores de un funcionario público, es decir, que afectan indirectamente[21] el patrimonio estatal, el menor reproche que les cabe frente a los funcionarios públicos será más claro aún.

En consecuencia, la mayor relevancia del comportamiento del funcionario público en la realización del injusto (en comparación con el del *extraneus*), lleva a concluir que la aplicación del "castigo" de la regla especial debe restringirse al funcionario público. Para el *extraneus*, deben regir las reglas generales de prescripción.

3. *La no aplicación de la regla especial de prescripción a los* extranei *es consecuencia de una necesaria interpretación restrictiva*

26. Se ha demostrado que la finalidad político-criminal del legislador fue castigar al funcionario público y que el fundamento de esta sanción radica en la infracción del deber especial por parte del funcionario público[22]: En consecuencia, la aplicación de la norma debe restringirse al funcionario público y, por el contrario, el *extraneus* debe quedar liberado de esta norma. Por lo tanto, dado que la norma no es clara, se hace necesaria una interpretación que haga justicia a los fines político-criminales perseguidos por la norma.

27. La necesidad de una *interpretación restrictiva*[23]se sustenta además en el carácter *excepcional* de la *regla especial* de prescripción. En efecto, la prescripción en nuestro ordenamiento jurídico se rige por las reglas generales contenidas en los arts. 80 y 83 del Código Penal, tal como ha sido dispuesta en la redacción original de Código Penal de 1991 que son aplicables a todos los casos. Con el art. 80 *in fine* del Código Penal,

---

21 Recuérdese que el fundamento de la responsabilidad penal de los partícipes (cómplices e instigadores) deviene de una afectación indirecta del bien jurídico lesionado directamente por el autor. Roxin utiliza la fórmula del "ataque accesorio del bien jurídico". Cfr. Derecho penal. Parte general, T. II, § 26, n.marg. 11. Según Jescheck y Weigend, el partícipe no infringe por sí mismo la norma contenida en el tipo delictivo, sino que su injusto consiste en que interviene en la infracción de la norma del autor. El injusto del hecho del partícipe es dependiente del fundamento y medida del injusto del hecho principal. Cfr. Tratado de Derecho Penal, 5.ª ed., pp. 737 y 738.

22 Cfr. los apartados IV.1 y IV.2. del trabajo.

23 Sobre la interpretación restrictiva cfr. *Hurtado Pozo* y *Prado Saldarriaga*. Manual de Derecho penal. Parte general, p. 215 y ss.

introducida en 1994 mediante Ley N.º 26314, se instaura una regla que supone una excepción a las reglas generales y que serán aplicables exclusivamente a los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado. En consecuencia, tratándose de una regla excepcional, la interpretación y consecuente aplicación de la *regla especial* de prescripción debe ser restrictiva o, con otros términos y en un sentido más amplio, esta norma solo admite una interpretación *in bonam parte*.

28. En el caso de la norma contenida en el art. 80 *in fine* del Código Penal, una interpretación restringida supone aplicar la regla especial únicamente a los funcionarios públicos que intervienen en el delito que afecta los intereses patrimoniales del Estado. Según esta interpretación, a los *extranei* que intervienen en este delito no se les aplicará la regla especial, sino únicamente las reglas generales de prescripción. Esto en consideración de que el legislador ha querido sancionar al funcionario público por haber infringido el deber especial de salvaguardar los intereses del Estado, esto es, por defraudar la expectativa de fidelidad a la Administración Pública que se espera de un funcionario público.

29. En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional considera que se debe efectuar una interpretación restringida del art. 80 *in fine* del Código Penal. En la sentencia N.º 1805-2005-HC/TC de fecha 29 de abril de 2005, en el "Caso Cáceda Pedemonte", el Tribunal ha reconocido que en la instauración de la regla especial de prescripción la "redacción del texto constitucional no es clara"[24]. El Tribunal ha señalado además que "pareciera que se refiere a todos los delitos cometidos en agravio del Estado, pero consideramos que no es así, ya que por el principio de legalidad y seguridad jurídica, debe entenderse tal plazo de prescripción en el contexto de todo el artículo y, mejor aún, en el contexto de todo el capítulo, ***que trata exclusivamente de los funcionarios y servidores públicos***"[25]. Luego, el Tribunal concluye categóricamente que "duplicar el plazo de prescripción en todos los delitos cometidos en agravio del Estado, sería atentar contra el principio de legalidad, de cuya interpretación *pro homine* se infiere que aplicarlo a todos los imputados a los que se procese es extender

[24] Fundamento 17.

[25] Fundamento 17.

in malam parte lo que pudiera afectar a este, cuando por el contrario su aplicación debe ser *in bonam parte*"[26].

En consecuencia, en la misma línea que se sigue aquí, el Tribunal Constitucional propone una interpretación restringida, según la cual la *regla especial* de prescripción debe ser de aplicación exclusiva a los funcionarios públicos. Aplicar a todos los intervinientes sin distinción, señala el Tribunal Constitucional, sería extender *in malam parte* lo que es de aplicación a los funcionarios[27]. Pese al uso impreciso de los conceptos, el Tribunal Constitucional tiene razón en el contenido y en el sentido de la interpretación.

De todo lo expuesto, se sigue que está justificada una interpretación restrictiva de la norma que concluya que la regla especial de prescripción es de aplicación exclusiva a los funcionarios públicos y que, por lo tanto, no alcanza a los *extranei* que participan en el delito.

VI. Conclusión

A la pregunta planteada al inicio del presente trabajo referida a si es posible aplicar la *regla especial de prescripción* contenida en el art. 80 *in fine* del Código Penal a los *extranei* de un delito cometido por un funcionario público en contra del patrimonio del Estado, mi respuesta clara y categórica es que no es posible. La regla especial de prescripción no se aplica a los *extranei* porque: *i)* la finalidad político-criminal del legislador es sancionar al funcionario público y no a terceros *extranei* intervinientes; *ii)* el fundamento de la duplicación del plazo de prescripción es la infracción de deberes especiales por parte del funcionario público que el *extraneus* no posee; y, *iii)* la regla especial de prescripción constituye una norma que amplía el ejercicio temporal del *ius puniendi* en perjuicio del reo, por lo que su interpretación debe ser restrictiva.

---

26 Fundamento 18.

27 Fundamento 18.

El delito de falsa declaración en procedimiento administrativo (Art. 411 CP)

– Cuestiones fundamentales –

I. Preliminares

1. El delito de *falsa declaración en procedimiento administrativo* previsto en el art. 411 del Código Penal, sanciona a quien *en un procedimiento administrativo hace una falsa declaración con relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley.* Se trata de una figura estatuida por primera vez como delito en el Código Penal de 1991 y que no registra antecedentes en los principales cuerpos legislativos.

El ingreso de este delito en el ordenamiento jurídico penal no ha sido pacífico. Contra él se han alzado críticas de diversa índole. Se ha objetado que no tendría un bien jurídico digno de protección penal, que la conducta prohibida no estaría claramente establecida, que sus elementos típicos serían ambigüos y que no se desprende claramente del tipo cuál sería su ámbito de aplicación. Esta situación ha llevado a un sector de la doctrina a proponer incluso su despenalización.

2. Tras más de veinte años de vigencia del Código Penal y de la introducción de este tipo en nuestro ordenamiento jurídico, se puede observar que este delito no ha recibido un tratamiento deseado. Apenas se observan anotaciones breves en algunos manuales. En contrapartida a

---

* Publicado en: Revista de Derecho y Ciencia Política. Revista oficial de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 68, Lima 2011.

la doctrina, la jurisprudencia[1] sí se ha ocupado frecuentemente de este delito, pudiendo observarse incluso decisiones de la Corte Suprema.

3. En las páginas que siguen se realiza un estudio de este delito y de su configuración típica. Objeto central del presente trabajo será el tratamiento de los problemas fundamentales que trae consigo este delito, como son su compatibilidad con los principios de intervención mínima y legalidad, el concepto normativo de procedimiento administrativo, el concepto de presunción de veracidad a efectos penales y la problemática de los sujetos del delito.

II. Consideraciones sobre el bien jurídico protegido

4. Pese a que el tipo penal se ubica en el apartado de los delitos contra la administración de justicia, en estricto, el objeto de protección de la norma no es la protección de la administración de justicia[2]. El bien jurídico es más bien *el interés público en la veracidad de las informaciones que servirán de base para la decisión de la administración pública que tendrá lugar como resultado de los procedimientos administrativos.* En sentido más amplio este bien es comprendido por el bien jurídico *correcto funcionamiento de la administración pública* que posibilita cumplir debidamente con las prestaciones públicas a los ciudadanos. La debida y correcta prestación de los servicios públicos será posible solo si la información que se entrega a la administración pública es veraz.

5. Algunas voces en la doctrina han criticado la legitimidad del delito. Se cuestiona la legitimidad del Estado para sancionar bajo pena el comportamiento consistente en declarar falsamente en un procedimiento administrativo. Se indica además, que bastaría con una sanción administrativa al autor o con la nulidad del acto logrado mediante la falsedad. En esta línea de pensamiento, *Frisancho Aparicio*[3] propone de *lege*

---

1 Resoluciones: R. N. N.º 5493-1996; R. N. N.º 775-2004; R. N. N.º 4849-2008; Q. N.º 23-2006; Exp. N.º 6461-1997; Exp. N.º 1201-1997; Exp. N.º 56-2001; Exp. N.º 2764-2008; Exp. N.º 1489-2005; Cons. 3841-96.

2 Se puede afirmar incluso, como se verá más adelante, que el tipo penal *descarta* a la administración de justicia como objeto de protección.

3 *Frisancho Aparicio,* Manuel: Delitos contra la administración de justicia, Lima 2000, p. 120.

ferenda la despenalización de esta figura. Este autor señala además que el delito previsto en el art. 411 CP vulneraría "el principio de intervención mínima" del Derecho penal. En esta misma línea, *Hugo Alvarez* señala que es partidario de "despenalizar esta conducta, muy propia de una infracción administrativa o falta."[4]

6. No obstante, la concepción que sostiene que el tipo penal previsto en el art. 411 no contendría un bien jurídico penalmente relevante o que vulneraría el principio de intervención mínima, no es correcta.

El tipo penal sí contiene un bien jurídico penalmente relevante, a saber: *el interés público en la veracidad de las informaciones que servirán de base para la decisión de la administración pública que tendrá lugar como resultado de los procedimientos administrativos;* el mismo que es comprendido dentro del concepto de *correcto funcionamiento de la administración pública.* Se trata, en consecuencia, de un interés de relevancia para el funcionamiento del Estado, razón por la cual es considerado como un bien jurídico digno de protección penal. La entrega de información falsa en el marco de procedimientos administrativos, orientados a la materialización de decisiones estatales, perjudicará gravemente a la administración pública. El Estado está legitimado para intervenir y sancionar penalmente este tipo de comportamientos. En consecuencia, el tipo penal contiene un bien jurídico merecedor de protección penal, por lo que no vulnera en lo absoluto el principio de *intervención mínima* del Derecho penal.

Lo que sí se observa en la tipificación de este delito es una inadecuada técnica legislativa que rompe el orden sistemático apenas logrado. En efecto, con el delito previsto en el art. 411 CP estamos ante un supuesto de falsedad específica, de falsedad frente a la administración pública. Esto trae como consecuencia concursos con los delitos previstos en el Título XIX de la Parte Especial del Código Penal que contiene a los delitos contra la fe pública, algunos de los cuales ya contienen de manera general el contenido del injusto del tipo bajo estudio.

7. Se ha criticado también que el tipo penal del art. 411 CP afectaría el principio de legalidad en su expresión *nullum crimen sine lege certa*[5].

---

4 *Hugo Álvarez*, Jorge B.: Delitos contra la administración de justicia, Lima 2004, p. 185.

5 Sobre el principio de legalidad en el Derecho penal peruano, sus fundamentos y expresiones cfr. *Urquizo Olaechea*, José, en: Código Penal comentado, Lima 2004, p. 40 y ss.

En esta línea, *Hugo Alvarez* señala que "la forma como ha redactado el legislador el artículo 411 del Código Penal hace confusa la interpretación cuando no su inaplicabilidad por violar principios garantistas del Derecho Penal"[6].

Sin embargo, un correcto entendimiento del principio de legalidad no lleva a la conclusión de que el tipo penal del art. 411 CP viola tal principio. El legislador no infringe el *principio de taxatividad* que "exige que las normas (leyes) creadoras de delitos y penas sean claras, de tal manera que los ciudadanos puedan comprender el mensaje de la norma y se motiven de acuerdo a ella"[7]. Si bien el tipo penal no logra el ideal del mandato de determinación, no se puede afirmar válidamente que el tipo penal viole el principio de legalidad. El delito previsto en el art. 411 CP, tal como está redactado, deja ver cuál es el comportamiento prohibido. El ciudadano puede extraer de la norma la prohibición contenida en ella: *prestar declaración falsa en el marco de un procedimiento administrativo*. Este mensaje normativo es claro y entendible; los ciudadanos pueden motivarse conforme a ella.

III. Comportamiento típico

8. La conducta prohibida contenida en el art. 411 del Código Penal consiste en *realizar una declaración falsa en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, comportamiento que se debe exteriorizar en el marco de un procedimiento administrativo.* De la descripción legal se desprenden cinco elementos que deben concurrir para la configuración típica. Uno de carácter general que sirve de marco al comportamiento típico y cuatro elementos específicos.

A. Marco general: El procedimiento administrativo

9. Como elemento general, la ley requiere que el comportamiento delictivo se despliegue en el marco de un *procedimiento administrativo*, es decir, será considerado delito sí y *solo si*, la falsa declaración se da en un

---

6 *Hugo Alvarez*, Delitos contra la administración de justicia, p. 184.

7 *Urquizo Olaechea*, en: Código Penal comentado, pp. 49 y 50.

procedimiento administrativo. No obstante, esta referencia del legislador no ayuda mucho a dilucidar qué se debe entender por procedimiento administrativo en este contexto.

10. A efectos de esclarecer este punto problemático se debe realizar una primera diferenciación. Se debe distinguir claramente el *proceso judicial* del *procedimiento administrativo.* El proceso judicial es el medio por el cual se materializa la administración de justicia con la consiguiente aplicación de la ley. Las partes presentan al Juez un conflicto de intereses, el cual debe ser resuelto por él mediante un proceso donde rigen las garantías constitucionales del debido proceso, entre las que destacan el principio de contradicción, presunción de inocencia, prohibición de declarar contra sí mismo (*nemo tenetur*), *indubio pro reo.*

Por su lado, el procedimiento administrativo posee una naturaleza distinta; este, en estricto, no está orientado a administrar justicia. Su estructura supone más bien una relación del administrado frente a la administración (el Estado), en donde este primero solicita la prestación de un servicio público que el Estado está en la obligación de brindar; trámite que se realiza mediante el denominado procedimiento administrativo. Asimismo, en este procedimiento no rigen los mismos principios, garantías y reglas que en el proceso judicial; siendo que, caracterizan al procedimiento administrativo la celeridad, simplificación, irrelevancia de formalidades, presunción de veracidad, silencio administrativo. De esta manera, se debe tener en cuenta que todos estos principios mencionados conforman la naturaleza del del referido procedimiento debido a que este tiene por finalidad inmediata, hacer efectiva –con la debida celeridad– la prestación al ciudadano de servicios públicos.

11. Realizada esta diferenciación y atendiendo al sentido de la norma, queda claro que el tipo penal del art. 411 no se refiere pues al proceso en general, sino únicamente al *procedimiento administrativo.* Ahora bien, afirmar que la norma penal en referencia comprende solamente a los procedimientos administrativos, no termina con los problemas de interpretación. Es aquí que surge la pregunta: ¿Comprende el tipo penal del art. 411 a todos los procedimientos ante la administración pública? ¿Tanto a los procedimientos orientados a la prestación de servicios públicos como a los procedimientos administrativos disciplinarios?

En primer lugar, se debe hacer distinciones en función de la finalidad que persigue el legislador penal. El Derecho penal no pretende sancionar toda entrega de información falsa a la administración. Su finalidad es más bien proteger el correcto funcionamiento de la administración pública frente a comportamientos fraudulentos que afectan o ponen en peligro *gravemente* la correcta prestación de servicios públicos. Es debido a ello que, a efectos penales, no todo procedimiento administrativo se subsume en el supuesto de hecho del art. 411 CP[8].

Consecuentes con la tesis propuesta, el *procedimiento administrativo disciplinario* debe quedar fuera de los alcances del tipo penal del art. 411 CP. Ello se debe a que en estos procedimientos orientados a la determinación de responsabilidad por la infracción de reglamentos que regulan el desenvolvimiento de los funcionarios públicos, rigen principios tendentes a salvaguardar la corrección y la legitimidad de la sanción. Se pretende asegurar una verdadera "justicia" administrativo-disciplinaria, por ello, gran parte de los principios del debido proceso tienen vigencia en este ámbito. Es debido a esta circunstancia que una declaración falsa dentro de un procedimiento administrativo disciplinario no configura el delito tipificado en el art. 411 del CP.

12. En consecuencia, el procedimiento administrativo a que hace referencia el art. 411 CP es aquel que pone con relación al ciudadano con el Estado, donde existe el deber del ciudadano de actuar con verdad, como por ejemplo el procedimiento mediante el cual el ciudadano persigue la prestación de un servicio público, la declaración de un derecho, la contratación de determiandos bienes o servicios.

Paradigmáticos son los procedimientos administrativos seguidos ante el Instituto de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual – Indecopi, en los cuales se comete frecuentemente este delito. Así por ejemplo, la jurisprudencia da cuenta del caso[9] juzgado por la Corte Superior de Justicia de Lima, donde se confirmó la Sentencia que condenó a la

---

8 Una opinión contraria pareciera asumir *Hugo Alvarez*, quien señala "no podemos distinguir donde la ley no distingue". Sin embargo, aclara inmediatamente, "como hecho práctico, su aplicabilidad debe estar referida solo a aquellos procedimientos que por ley expresa prescriben la presunción de veracidad en la administración pública".

9 Resolución N.° 1027 (Exp. 1489-05) del 01.09.2008; en: Diálogo con la Jurisprudencia, Lima julio de 2009, pág. 419 y ss.

acusada por la comisión del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo, al haberse comprobado que en un procedimiento de reconocimiento de créditos, seguido en el marco de un procediemiento concursal tramitado ante la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi, la imputada afirmó ser acreedora de la empresa concursada, siendo que esta información no se correspondía con la verdad.

B. Primer elemento específico: hacer una falsa declaración

13. El núcleo del reproche penal contenido en el tipo penal del art. 411 CP es precisamente la *realización de una declaración falsa* en el marco de un procedimiento frente a la administración pública. Justamente este aspecto del delito es el que lleva a parte de la doctrina a considerarlo como un delito de falsedades. Ciertamente, se trata de un supuesto especial de falsedad, pues el sujeto activo falta a la verdad, proporciona información falsa a la administración pública.

14. Por declaración falsa debe entenderse no solamente aquella que es brindada oralmente, sino toda forma mediante la cual la persona brinda información a la administración pública. Aquí, el medio escrito es el modo más utilizado para entregar información. En términos del tipo legal: es el modo cómo el agente hace una falsa declaración. Los casos más frecuentes son las declaraciones juradas que suscriben quienes se encuentran ante algún procedimiento administrativo, por ejemplo, quien interviene en una licitación para contratar con el Estado presenta declaración jurada de no tener impedimento para contratar con el Estado, cuando en verdad sí lo tiene.

15. Para la configuración del delito se requiere que esta declaración sea *falsa*. Aquí radica el núcleo de la norma penal bajo comentario: La falsedad La declaración efectuada, la información entregada a la administración, no debe ser conforme a la verdad. La afirmación realizada en la declaración jurada, la información presentada en las propuestas técnicas en el marco de las licitaciones debe ser falsa. Para la realización del delito, no basta que se trate de una afirmación que pueda resultar dudosa, o que se sospeche que es falsa, o que sea información cuya "interpretación" o "valoración" pueda llevar a alguna conclusión que la administración no comparta. Para el delito en referencia se requiere que la afirmación sea

absolutamente falsa, es decir, que no se ajuste a la verdad, falsedad que deberá ser comprobada.

C. Segundo elemento específico: La declaración debe versar sobre hechos o circunstancias que le corresponde probar al administrado

16. El segundo elemento típico se refiere a que el contenido de la declaración falsa debe estar referido a *hechos o circunstancias que le corresponde probar* al agente. Aquí se debe tener en cuenta el contexto señalado líneas atrás: que esta declaración se despliegue en el marco de un procedimiento administrativo. En este, los agentes intervienen presentando información que prueba la calificación necesaria para ser contratado, para obtener cierta prestación pública, o para conseguir la buena pro a fin de prestar algún servicio. Esta información que se entrega al Estado (mediante la declaración) tiene por objeto probar hechos o circunstancias como el tener ciertas cualidades personales (p.ej. que se es abogado a efectos de acceder a un puesto de asesor legal), o que se tiene experiencia en la prestación de determinados servicios (p. ej. en la prestación de servicios de mantenimiento de redes informáticas que sería el requisito para postular a la licitación).

17. En estos procedimientos, el ciudadano deberá probar *hechos o circunstancias* que conforman el elemento típico y revelan que el objeto de prueba son datos objetivos, aquello sobre lo cual se puede predicar la verdad o falsedad, datos fácticos que se evidencien de la realidad. Descartadas del ámbito típico quedan pues las afirmaciones que constituyan valoraciones, opiniones o criterios. Dado que el contenido de estas es especulativo, no pueden ser objeto válido para la configuración típica del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo.

D. Tercer elemento específico: violación de la presunción de veracidad establecida por ley

18. Como último elemento objetivo para el perfeccionamiento del delito previsto en el art. 411 CP, la norma requiere que la declaración falsa deba ser efectuada *violando la presunción de veracidad establecida por ley*. Esto supone que no toda declaración falsa trasmitida a la administración

pública constituye el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo, sino únicamente aquella que viole la presunción de veracidad, la misma que debe haber sido establecida por ley.

19. Aquí se debe determinar los alcances del concepto normativo *"presunción de veracidad"*, de capital importancia para la interpretación de este tipo. La ley ha establecido que en muchos de los procedimientos ante la administración pública o donde el Estado toma parte, las declaraciones o informaciones que se presten deben ser consideradas veraces. Dado que en muchos de los procedimientos administrativos, la administración no puede verificar inmediatamente la veracidad de la información recibida, es asi que, le traslada al particular (administrado) que participa en el procedimiento la responsabilidad de que estas informaciones aportadas sean ciertas, veraces, conformes a la verdad; y sanciona la infracción de este deber justamente por ser la veracidad el soporte que hace que la actividad de la administración pública sea funcional.

20. La idea que está detrás de la presunción de veracidad es evitar que el administrado deba probar en cada caso y momento la veracidad de cada una de sus declaraciones o informaciones. Si fuera exigido en cada procedimiento paralizaría o entorpecería el eficaz y oportuno funcionamiento de la administración en el logro de objetivos públicos. Por ejemplo, en el marco de un procedimiento administrativo orientado a la contratación de abogados para la defensa de los intereses del Estado es necesario consignar en los formularios de participación los años de experiencia profesional. Si en todos estos procedimientos de contratación se precisaría probar la veracidad de esta experiencia, la selección se haría lenta y se pondría en peligro la celeridad en el cumplimiento de las tareas. Por ello es que la administración "presume" que la información vertida es conforme a la verdad". De esta manera, se libera al ciudadano de la carga de probanzas documentales y diversas certificaciones, se le presume cierta, se atiende al ciudadano y se hace efectivo el funcionamiento del Estado. Será en un posterior examen donde se revise la veracidad de la información brindada.

21. Esta presunción de veracidad no rige para toda la información entregada a la administración pública, sino solamente para aquella "de relevancia" para la administración. El Estado ha subrayado esta importancia estableciendo expresamente mediante ley los supuestos donde rige

la presunción de veracidad. En el ámbito administrativo, la ley más importante y de carácter general que establece esta presunción es la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N.° 27444). El artículo 42 titulado "Presunción de veracidad" señala expresamente que *"42.1 Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario."*

Conforme se establece en el art. 42, esta presunción de veracidad consiste en suponer en primer lugar, que la veracidad de los documentos sucedáneos que se presentan y la información que se consigna en las declaraciones juradas o en los escritos y demás formatos administrativos han sido verificadas; y en segundo lugar, se presume que esos documentos y declaraciones son veraces para los fines del procedimiento en el cual se presentan[10]. Como bien señala *Morón Urbina*, "la primera presunción impide que una vez advertida la falsedad de la declaración o del documento presentado se pueda alegar que desconocía su origen o la verdad de su contenido. Es su deber verificar previamente su veracidad y hacerse responsable por ello ante la autoridad. Por la segunda presunción, la Administración debe suponer por adelantado y con carácter provisorio que los administrados proceden con verdad en sus actuaciones (documentos, informaciones y declaraciones escritas) en los procedimientos en que intervienen, asumiendo la propia Administración la carga de la prueba sobre su eventual falsedad".

22. La presunción de veracidad en el Derecho penal es más restringida respecto a los alcances que se le da en la ley administrativa. En efecto, el derecho penal asume solo la segunda parte de este principio. El tipo del art. 411 CP hace referencia únicamente a la realización de la declaración falsa y a la presunción de que esta declaración es conforme a la verdad. Se deja de lado el aspecto referente a la presunción de verificación, es decir, la ley penal contiene el supuesto donde se presume que el particular ha verificado el contenido de la información presentada a la administración.

---

10 *Morón Urbina*, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Lima 2011, p. 259

La presunción de veracidad rige entonces en el Derecho penal de manera restringida. Solo en el sentido establecido en el segundo párrafo de la norma administrativa. Esta presunción de veracidad limitada regirá pues de manera general en todos los procedimientos administrativos regulados por la Ley del Procedimiento Administrativo General, donde exista un deber del administrado de declarar conforme a la verdad.

23. La presunción de veracidad ha sido establecida también en otras leyes y reglamentos especiales del ámbito administrativo. En el marco de los procedimientos regulados por estas normas, la vigencia de la presunción de veracidad es plena. Se tiene por ejemplo el art. 5 del Decreto Legislativo N.º 807 que prescribe que "quien a sabiendas proporcione a una comisión, a una oficina o a una Sala del Tribunal de defensa de la competencia y de la propiedad intelectual información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la comisión, oficina o Sala del Tribunal, o sea relevante a efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por esta con multa no menor de una UIT ni mayor de 50 (cincuenta) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia".

La presunción de veracidad también está contenida en la Quinta Disposición Final de la Resolución Directoral N.º 38-2007-MINCETUR-VMT-DGLCMT, donde se señala que "la documentación y/o información que se presente ante la DGJCMT tendrá la calidad de declaración jurada, según lo establecido en el artículo 42º de la Ley N.º 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General". Para efecto de la determinación de la responsabilidad de los directores, gerentes y/o apoderados con facultades inscritas del solicitante por la presentación de documentación y/o información no fidedigna sobre la situación legal, financiera y económica de la empresa, debe tenerse presente lo establecido en los artículos 175º y 190º de la LGS, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiera lugar".

E. Cuarto elemento específico: Dolo

24. El delito de falsa declaración en procedimiento administrativo es un delito doloso; esto significa que para la configuración típica del delito el agente debe saber que realiza una declaración falsa y debe querer este comportamiento (conocimiento y voluntad)[11]. El tipo contenido en el art. 411 del Código Penal requiere como elemento subjetivo del tipo, *primero*, que el agente sea consciente de que realiza una declaración falsa ante la administración pública en el marco de un procedimiento y respecto a hechos o circunstancias que le corresponde probar; y *segundo*, que el agente quiera la realización de la declaración falsa, es decir, que su voluntad se corresponda con el conocimiento que él tiene sobre la acción típica[12]. Por ello, se afirma que el conocimiento de los elementos que componen el supuesto de hecho típico es la base del factor volitivo en la comisión de este delito.

25. El tipo penal del art. 411 CP no admite la sanción de comportamientos culposos en declaraciones frente a la administración pública. Quien por culpa o negligencia, es decir, quien sin intención de falsear la verdad, realiza una falsa declaración ante la administración pública, no responderá por el delito previsto en el art. 411 CP. El legislador peruano ha optado por no sancionar penalmente comportamientos culposos que pudieran significar "falsedad".

IV. Consideraciones sobre los sujetos del delito

26. Sujeto activo del delito previsto en el art. 411 del Código Penal es *cualquier persona* que interviene en un procedimiento administrativo. Todo aquel que se encuentra en un procedimiento administrativo y realiza falsa declaración frente a la administración pública sobre hechos o

---

11 Según doctrina dominante, el dolo precisa el conocimiento y voluntad de la realización de los elementos del tipo objetivo. Cfr. *Villavicencio Terreros*, Felipe: Derecho penal. Parte general, Lima 2009, p. 356; *Villa Stein*, Javier: Derecho Penal. Parte General, 3.ª Ed., Lima 2008, p. 248 y s.

12 La Corte Suprema ha resaltado la necesidad de la concurrencia del requisito intelectual (saber) y el volitivo (querer) para la configuración del dolo en el tipo penal del art. 411 CP, cfr. R.N. N.º 775-2004-Junín.

circunstancias que le corresponde probar, será considerado sujeto activo del delito.

27. Sujeto pasivo de este delito es el Estado. Sin embargo, el Estado no es el único agraviado por el delito. Como ocurre también con otros delitos contra la administración pública –como por ejemplo, en el caso del delito de abuso de autoridad[13]–, existen casos donde la comisión del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo tiene como sujetos pasivos de la acción no solamente al Estado, sino también a terceros que se ven afectados por la acción del autor. En estos casos, el tercero agraviado por el delito será considerado agraviado o víctima, situación que legitimará su intervención en el proceso penal como actor o parte civil. La Corte Suprema[14] se ha pronunciado al respecto, considerando como parte agraviada del delito previsto en el art. 411 CP, no solo al Estado, sino también a una tercera persona afectada por el accionar del autor.

V. Conclusiones

El delito de falsa declaración en procedimiento administrativo cumple 23 años de vigencia en nuestro ordenamiento jurídico. Pese a los cuestionamientos, el delito tiene relevancia práctica y así ha sido confirmado por la jurisprudencia. La doctrina no lo ha tratado amplia y debidamente. El presente trabajo pretende contribuir al inicio de un intercambio de ideas sobre los problemas fundamentales del delito que posibilite su desarrollo.

---

13 En el caso del delito de abuso de autoridad, el sujeto pasivo es el Estado, sin embargo, según doctrina y jurisprudencia, también los terceros afectados son considerados siempre como agraviados. Cfr. *Salinas Siccha*, Ramiro: Delitos contra la administración pública, Lima 2009, p. 159 quien señala "es coherente sostener que también se constituye en sujeto pasivo la persona particular o jurídica afectada directamente con el acto arbitrario y abusivo del sujeto activo del delito". Cfr. también *Portocarrero Hidalgo*, Juan: Delitos contra la administración pública, Lima 1996, p. 107.

14 Cfr. RN N.º 2764-2008-Lima de fecha 12 de marzo de 2010.

La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004

– *¿Suspensión o interrupción de la prescripción?* –

"*Die Grenzen meiner Sprache*
bedeuten die Grenzen meiner Welt"
Ludwig Wittgenstein
(*Tractatus logico-philosophicus*, 5.6)

I. Preliminares

1. Una de las novedades que trae consigo el Código Procesal Penal del 2004 y que en cierta medida contribuye a dar identidad al nuevo modelo procesal, es la especial consecuencia jurídica asignada a la formalización de la investigación preparatoria. El artículo 339.1 NCPP lo señala expresamente: *"La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal"*. Mediante esta norma, el legislador peruano crea una nueva regla de prescripción a ser aplicada en el nuevo proceso penal: Siempre que se formalice la investigación, la prescripción debe suspenderse, lo cual permitirá a la administración de justicia juzgar el caso y, de encontrar culpable a los procesados, imponerles la sanción penal que corresponde, todo sin el obstáculo de impunidad que significa la prescripción.

---

* Publicado en: Gaceta Penal & Procesal Penal N.º 23, Lima mayo de 2011.

Sin embargo, pese a la claridad del texto expreso de la ley, parte de la doctrina plantea una interpretación que va más allá del sentido literal posible de la norma, dejando de lado la obligación básica y fundamental que tiene todo intérprete: someterse al mandato legal. Amparados en un entendimiento "especial" de las reglas que regulan la institución de la prescripción, afirman que allí donde la norma ordena que el curso de la prescripción se *suspenda*, debe entenderse que se *interrumpe*.

2. ¿Es válido este modo de proceder en la interpretación de la norma? En las páginas que siguen, como una contribución a la teoría de la prescripción, se analiza cuál es el correcto sentido de la norma contenida en el art. 339.1 NCPP y se da respuesta a la interrogante de si esta norma regula una *suspensión* o una *interrupción* de la prescripción.

II. La prescripción en el ordenamiento jurídico

3. Según la razón de la justicia, quien infringe las leyes básicas que sustentan la convivencia de los hombres en comunidad debe ser sancionado. Dejar impune este atentado corrompe las bases de convivencia de la sociedad. La ley es el *imperativo categórico* que posibilita la vida civilizada. Este principio de justicia rige el Derecho moderno: a la comisión de un delito debe seguir su sanción penal.

No obstante, en el Derecho penal moderno se ha establecido legalmente algunas *excepciones* a este principio de justicia. Una de ellas es la prescripción. El Estado renuncia a la persecución del delito cuando el paso del tiempo ha cubierto el crimen con el manto del olvido y es prioritario maximizar esfuerzos en la persecución de otros delitos, dando prioridad a los más recientes y dejando de lado aquellos ocurridos muy lejos en el pasado, pues la sanción de hechos ocurridos hace tiempo no logrará más los efectos preventivos deseados. La prescripción es en suma, una autolimitación del Estado bajo consideraciones de política-criminal.

De esto se sigue que el principio general que gobierna la justicia penal es la sanción al delincuente y no la prescripción. La prescripción es una autolimitación del Estado que renuncia a la persecución penal. El delincuente no puede reclamar la impunidad de sus delitos, salvo que el Estado lo haya previsto así en la ley, en la forma y modo acorde con su política judicial.

4. Siendo la prescripción un obstáculo para el ejercicio de la acción penal, se puede concluir que la naturaleza jurídica de la prescripción es procesal, es decir, se tata de una institución jurídica de *carácter procesal.*[1] En efecto, según las leyes peruanas, la prescripción es un impedimento procesal para la persecución del delito. Por eso, transcurrido el tiempo establecido en el art. 80 y 83 CP no se podrá iniciar más un proceso penal contra el presunto autor o, existiendo uno, este debe archivarse definitivamente.

Algunas voces en la doctrina nacional han señalado, sin atender a la especial regulación que la prescripción tiene en nuestro ordenamiento jurídico, que la prescripción tendría *carácter sustantivo*[2], es decir, que el mero transcurso del tiempo eliminaría el carácter delictuoso del hecho cometido convirtiendo lo ilícito en lícito. Desde esta postura se defiende que el transcurso del tiempo eliminaría el injusto y la culpabilidad, en suma, que la prescripción extinguiría la *responsabilidad* penal[3].

En la actualidad, esa concepción, sustentada en teorías defendidas a comienzos del siglo pasado, ha sido totalmente superada y prácticamente carece de defensores[4]. Queda claro entonces que la prescripción no elimina el delito, que el simple transcurso del tiempo no elimina el injusto ni la culpabilidad. Un hecho es considerado delito porque la ley le asigna una pena. Ya en el siglo pasado el jurista alemán *Reinhart Maurach* fue categórico al respecto: "un delito no pierde esta característica por el solo hecho del transcurso del tiempo, del mismo modo que un acto de gracia a su respecto tampoco lo despoja de su ilicitud"[5].

Además, una perspectiva *sustantiva*, no podría explicar la particular regulación que nuestra ley penal hace de la prescripción, como, por ejemplo, la renuncia a la prescripción de la acción penal (artículo 91 del

---

1 *Jescheck* refiere que el carácter procesal de la prescripción se ha hecho dominante a raíz del cambio jurisprudencial operado en Alemania en 1942. Cfr. *Jescheck/Weigend*, Tratado de derecho penal. Parte general, 1996, p. 912. Según *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 2009, § 21, n. marg. 9, la nueva doctrina y jurisprudencia asumen un carácter procesal puro de la prescripción.

2 Por todos, cfr. solo *Panta Cueva*, en: Investigación preparatoria y etapa intermedia, Lima 2010, p. 101.

3 *Panta Cueva*, en: Investigación preparatoria y etapa intermedia, p. 101.

4 Actualmente se defiende más bien la concepción procesal y la concepción mixta.

5 *Maurach*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tomo II, 7.ª edición, 1989, § 75, n. marg. 15.

CP). En efecto, si el transcurso del tiempo elimina el delito (el injusto y la responsabilidad), ¿cómo legitimar la persecución penal de un ciudadano que ha renunciado a la prescripción, si el delito ya no "existe"?

5. La prescripción, según nuestro ordenamiento legal, supone más bien un impedimento procesal para la persecución del delito. Según las normas de nuestro ordenamiento jurídico –y nunca se debe perder de vista este criterio de interpretación– no prescribe el *hecho*, el *ilícito*, o la *responsabilidad penal*; en suma, el paso del tiempo no hace desaparecer el *delito*. La prescripción se constituye únicamente en un "obstáculo procesal".

III. Art. 339.1 NCPP: ¿interrupción o suspensión?

6. El Código Procesal Penal del 2004 trae consigo una nueva regla de prescripción a ser aplicada en el nuevo sistema procesal penal: *"La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal"* (art. 339.1). Un sector de la doctrina ha creído encontrar en esta formulación un "problema de claridad" y una supuesta incompatibilidad con la regulación de la prescripción prevista en el Código Penal. Sobre esta base han ensayado interpretaciones del art. 339.1 NCPP arribando a conclusiones totalmente opuestas a las expresadas en la fórmula legal. Incluso se ha llegado a afirmar que pese a que la norma refiere expresamente que la formalización de la investigación preparatoria *suspende* la prescripción, debe entenderse que esta *interrumpe* la prescripción, es decir, se alega que "el legislador dijo lo que no dijo".

No se trata en absoluto de un inocuo juego de palabras. Tampoco pasa por sustituir ligeramente un término por otro. La interpretación en uno u otro sentido tiene consecuencias de relevancia. La *suspensión* de la prescripción supone la *paralización* del curso de la misma, en cambio, la *interrupción* de la prescripción supone únicamente una *perturbación* del curso de la prescripción, pues si bien queda sin efecto el tiempo transcurrido, después de la interrupción –según el extendido entendimiento del art. 83 *in fine* del Código Penal– la acción penal prescribirá "en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción".

En el marco del nuevo proceso penal, ello significa que si se suspende la prescripción, no existirá ningún obstáculo para que la justicia juzgue al imputado, por el contrario, si se entiende que se interrumpe la prescripción, entonces la acción de la justicia podría bloquearse en pleno juzgamiento por efectos de la prescripción, dejando impune el delito, sin que se sepa la verdad de los hechos, con las consiguientes nefastas consecuencias que esto implica para la institucionalidad y legitimidad de la justicia.

A. La tesis de la interrupción

7. Pese a la claridad de la ley, algunos juristas consideran que el art. 339.1 NCPP regula un supuesto de *interrupción* de la prescripción. Así, se puede observar que *Gálvez Villegas/Rabanal Palacios/Castro Trigoso* afirman categóricamente: "creemos que el legislador ha confundido los conceptos de suspensión con interrupción, y lo que realmente ha querido es referirse a interrupción y no a suspensión"[6]. La razón sería que "la actuación del Ministerio Público, en este caso, iniciando formalmente la investigación preparatoria (con lo cual da cuenta al Juez de dicha decisión), encaja claramente en el supuesto de interrupción"[7]. Siguiendo esta línea de interpretación, los citados autores señalan que existiría una contradicción entre el art. 339.1 NCPP y el art. 83 CP. En ese sentido señalan: "Siendo así, y estando ante una antinomia jurídica, se tendrá que determinar cuál es la norma aplicable al caso; y estando a que la prescripción es una institución de carácter sustantivo, la norma pertinente para su regulación es el Código Penal, y por tanto, será este la norma especial y por tanto aplicable al presente caso; consecuentemente, la antinomia se resolverá dando preeminencia a la norma sustantiva. En este orden de ideas, la prescripción se interrumpirá no solo con el inicio de la investigación preparatoria, sino también con las actuaciones preliminares del Fiscal."[8]

8. La tesis de la interrupción es igualmente defendida por *Peña-Cabrera Freyre,* quien sostiene que la formalización de la investigación

---

6 *Gálvez Villegas/Rabanal Palacios/Castro Trigoso,* El Código Procesal Penal, Lima 2008, p. 673.

7 *Gálvez Villegas/Rabanal Palacios/Castro Trigoso,* El Código Procesal Penal, p. 676.

8 *Gálvez Villegas/Rabanal Palacios/Castro Trigoso,* El Código Procesal Penal, p. 677.

preparatoria solo puede "provocar la interrupción de la acción penal y no lo suspensión, tal como se ha propuesto en la redacción normativa, pues los efectos de una y otra son en suma diversos. Los plazos de prescripción se suspenden, cuando el comienzo o la continuación del proceso penal, dependa de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento; cuando en otra vía se está ventilando el hecho –presuntamente delictivo–, o se requiera de un pronunciamiento administrativo (antejuicio constitucional), así se desprende del artículo 84° del CP. Por consiguiente, el legislador se ha equivocado enormemente, al haber empleado el término "suspensión""[9].

9. *Panta Cueva*[10] va en la misma dirección. Si bien él reconoce que de *lege lata* el art. 339.1 regula una *suspensión*; sin embargo, manifiesta que esta regulación no es la más correcta, por lo que propone una reforma legislativa en la que la formalización de la investigación *interrumpa* la prescripción.

En su estudio dedicado al tema refiere que la regulación del art. 339.1 NCPP se debe a que nuestro legislador habría imitado el modelo procesal chileno sin haber sabido adaptarlo. Él reconoce: "queda claro que la formalización –a tenor de lo prescrito por el artículo 339.1 del CPP de 2004– conlleva automáticamente la suspensión de la prescripción del plazo extraordinario. En consecuencia, se estaría abrogando automáticamente el artículo 83 del CP, pues dicho efecto a nuestro parecer se extiende hasta que el proceso penal culmine."[11] Sin embargo, pese al reconocimiento hecho, él opina que "no resultaría correcto que el artículo 339.1 del CPP de 2004 contemple a la formalización de la investigación preparatoria como una causa de suspensión de la prescripción extraordinaria, pues, además, la formalización no es más que una actuación del Ministerio Público que promociona la acción penal (acto postulatorio verificable), lo que según el artículo 83 de nuestro CP, es una causal de interrupción, por lo que es evidente que existe una contradicción entre el artículo 339.1 del CPP de 2004 y el artículo 83 del CP"[12].

---

9 *Peña-Cabrera Freyre*, Nuevo Código Procesal Penal, Tomo II, Lima 2007, pp. 268, 269.

10 *Panta Cueva*, en: Investigación preparatoria y etapa intermedia, p. 93 y ss.

11 *Panta Cueva*, en: Investigación preparatoria y etapa intermedia, p. 116.

12 *Panta Cueva*, en: Investigación preparatoria y etapa intermedia, pp. 116, 117.

B. Suspensión de la prescripción – Concepción personal

10. Las objeciones que se plantean contra la regulación de la prescripción en el art. 339.1 NCPP son infundadas y las interpretaciones que se proponen son visiblemente incorrectas. A mi juicio, un adecuado entendimiento de esta disposición normativa –bajo los puntos de vista de la finalidad política del legislador (*interpretación teleológica*) y de la relación entre las disposiciones que regulan la prescripción (*interpretación sistemática*)– debe llevar a la conclusión de que lo que se regula en el artículo 339.1 NCPP es un supuesto de *suspensión*.

a) Fundamento de base en la racionalidad del nuevo modelo procesal

11. El legislador ha sido muy claro en el art. 339.1 NCPP al establecer que la consecuencia jurídica de la formalización de la investigación preparatoria en el nuevo sistema procesal es la *suspensión* de la prescripción. Esta decisión responde a la racionalidad del nuevo modelo procesal que pretende superar los defectos del anterior modelo. La lentitud del anterior proceso penal, y las facilidades para la impunidad por medio de la prescripción que ello suponía, impulsó al legislador a optar por suspender el curso de la prescripción una vez que el Ministerio Público hubiese formalizado la investigación preparatoria.

12. Esta opción político-criminal del legislador es acertada. En el nuevo sistema procesal, procederá la *prescripción ordinaria* hasta antes que se dé inicio a las diligencias preliminares y procederá la *prescripción extraordinaria* desde el inicio de las diligencias preliminares hasta antes que se formalice la investigación preparatoria. Pero con la formalización de la investigación la prescripción deberá suspenderse. Esto es razonable, puesto que la formalización de la investigación preparatoria revela un avance significativo en la persecución penal: se tiene indicios reveladores de la existencia de un delito y se ha individualizado a los imputados. Se ha logrado determinar los hechos criminales, tipificar los delitos cometidos y se ha identificado a los presuntos autores y partícipes (art. 336 NCPP). En el marco de la realización de la justicia penal, lo que debe seguir es entonces que un tribunal juzgue al imputado, el cual debe culminar con una declaración de culpabilidad o inocencia. Este proceso no puede ser bloqueado con la impunidad que implica la prescripción.

La finalidad (*telos*) de la norma es evitar los casos en los que el imputado, gracias a la prescripción, abandone el tribunal de justicia sin responder por los hechos; deje a la justicia con las manos atadas; y, desamparada a la víctima que no podrá conocer la verdad de lo sucedido. El mérito del nuevo sistema procesal penal radica justamente en que evita tales supuestos de impunidad, procurando una mayor legitimidad a la administración de justicia en su quehacer en el marco de un Estado democrático de derecho. Es en este contexto que debe entenderse el artículo 339.1 NCPP.

b) Fundamento de base en el principio de legalidad

13. El respeto irrestricto al principio de legalidad penal obliga a que toda interpretación de la ley penal se realice dentro de los parámetros establecidos por el texto expreso y claro de la ley. En consecuencia, si la norma del art. 339.1 NCPP refiere que la formalización de la investigación *suspenderá* el curso de la prescripción de la acción penal, entonces debe entenderse que esta actuación del Ministerio Público *sus-pen-de-rá* la prescripción. No es admisible afirmar que "el legislador se ha equivocado enormemente" o que "el legislador ha confundido los conceptos de suspensión con interrupción y lo que realmente ha querido es referirse a interrupción y no a suspensión", es decir, inferir que *la ley no dice lo que su texto señala.*

14. La vinculación del intérprete a la ley es el principio fundamental del que parte toda interpretación válida. Por eso, la interpretación que se aleja del texto expreso de la ley, deja de ser interpretación y se convierte en *creación.* Aquí cobra sentido la afirmación de *Ludwig Wittgenstein* citada al inicio de este trabajo: "*Los límites de mi lenguaje* son los límites de mi mundo".

Como consecuencia del principio de legalidad, en nuestro sistema el Derecho se manifiesta a través del leguaje escrito. Si el tenor literal de un precepto diseñado por el legislador crea un marco regulatorio, entonces toda interpretación[13] de aquEl debe realizarse dentro del *sentido literal posible de la norma escrita.* Una interpretación de la ley desvinculada del

[13] Si bien las normas precisan ser interpretadas –pues atrás quedó el ideal de la ilustración que decía que el juez no tenía nada que interpretar, sino que este se debía limitar a aplicarla (*Montesquieu*)–, sin embargo, los límites del interprete están en el marco normativo creado por el

precepto, es una interpretación que ya no está cubierta por el *sentido literal posible* de aquEl, y, por eso, inadmisible e inválida. Sobre esto existe un consenso casi absoluto. Así, por ejemplo, *Claus Roxin* refiere que toda interpretación debe sujetarse al límite del tenor literal de la norma, pues "esta se deriva de los fundamentos jurídico-políticos y jurídico-penales del principio de legalidad. El legislador solo puede expresar con palabras sus prescripciones; *y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no "rige"*. Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática. Además el ciudadano solo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley"[14].

Por eso, afirmar que el artículo 339.1 NCPP regula una interrupción de la prescripción, rebasa largamente los límites de la interpretación válida, en tanto no se interpreta la norma dentro del marco de su sentido literal posible. Pues es claro que si se afirma que debe entenderse que el citado artículo interrumpe la prescripción, a pesar de que él mismo dice que "la formalización de la investigación ***suspenderá*** el curso de la prescripción", no se está interpretando ni en sentido amplio ni restringido el término central del precepto: "*suspenderá*" sino que, en realidad, se está yendo más allá e introduciendo un elemento normativo no previsto por la ley: el término *interrumpir*. Luego, cabe afirmar que más que una interpretación, aquello constituye una creación prohibida por la ley.

15. Pero en el presente caso, estamos más lejos aún. Porque si fuera válido afirmar que la ley *dice lo que no dice*, tal conclusión debería ser consecuencia de una interpretación de la ley. Debe recordarse además que toda interpretación se legitima únicamente cuando la norma no es clara o adolece de ambigüedad, esto es, cuando su tenor no deja ver cuál es el sentido que el legislador quiere dar a la norma. Solo en este caso surge la necesidad de encontrar el "verdadero sentido" del mandato norma-

---

tenor legal.Cfr. al respecto *Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga*, Manual de Derecho penal. Parte general I, 4.ª Ed., Lima 2011, p. 183 y ss.

14 *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, § 5, n.marg. 30.

tivo y esto siempre dentro del marco legal. En el caso del artículo 339.1 NCPP no se justifica tal "interpretación" puesto que la norma es clara y refiere que la formalización de la investigación *suspenderá* la prescripción.

16. Recordemos nuevamente el deber de sujeción a la ley que tiene todo intérprete con palabras del profesor *Caro John*: "Suponiendo que la ley presente algún defecto o laguna en alguno de sus elementos, el juez tiene la facultad de integrar dicho elemento mediante su interpretación. Sin embargo, el juez no puede subsanar el defecto o esclarecer la ambigüedad del texto de una ley añadiendo un elemento extraído de otra, porque de esta manera estaría creando una tercera ley (...) y, a la vez, actuando como legislador, (...) cuando la Constitución claramente ha establecido que solo al legislador le compete la creación de leyes (art. 102.1), y solo al juez su aplicación (art. 138; 139.1)."[15]. Concluye: "El lenguaje de la ley aporta el contenido y el límite del campo de acción de la labor interpretativa del juez. Junto con ello, los elementos que la conforman no destacan por su metodología de redacción, sino por su declaración normativa (...) el tenor de la ley debe ser respetado en la forma en que fue dictado por el legislador"[16].

c) Fundamento de base en la interpretación sistemática

17. Existen también razones con base en una interpretación sistemática que respaldan la conclusión de que el art. 339.1 NCPP regula un supuesto de *suspensión* de la prescripción. La prescripción en general y los supuestos de interrupción y suspensión en especial, se regían por las normas contenidas en el Código Penal de 1991. Con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004 que introduce una norma que regula la suspensión de la prescripción, en adelante, la prescripción queda regulada por las normas de ambos cuerpos legales. En consecuencia, toda solución de problemas de prescripción en el nuevo sistema procesal debe considerar una interpretación sistemática de todas las normas y siempre bajo el principio de unidad y armonía del ordenamiento jurídico penal. En consecuencia, en lo que respecta a la suspen-

---

15 *Caro John*, ADP 2005, p.350

16 *Caro John*, ADP 2005, pp. 350, 351.

sión de la prescripción, en adelante serán regulados por los artículos 84 CP y 339.1 NCPP.

Sin embargo, si se atiende al tenor del art. 83 CP surgiría una aparente contradicción. En efecto, el art. 83 CP establece que las actuaciones del Ministerio Público interrumpen la prescripción. Luego, siendo la formalización de la investigación una actuación del Ministerio Público, esta debería interrumpir la prescripción y no suspenderla como dice el art. 339.1. Sin embargo, se trata solo de una contradicción aparente; es decir, no existe tal contradicción. Esto es así puesto que siendo el Código Procesal Penal de 2004 una ley posterior al Código Penal de 1991, debe entenderse que en adelante esta específica actuación del Ministerio Público (la formalización de la investigación preparatoria) suspende la prescripción y no la interrumpe. El nuevo Código Procesal Penal ha señalado incluso expresamente en su tercera disposición modificatoria y derogatoria, que "quedan derogadas todas las leyes y disposiciones que se opongan a la presente ley". Se trata pues de una limitación tácita de los efectos de la norma penal anterior: En el nuevo proceso penal, esta actuación específica del Ministerio Público, suspenderá la prescripción; no lo interrumpirá como establece el art. 83 CP para el modelo contenido en el Código de Procedimientos Penales.

18. De esto se sigue que no existe contradicción entre los artículos 83 CP y 339.1 NCPP. En puridad, la nueva ley no entra en conflicto con la ley anterior, puesto que el artículo 83 del CP no regulaba la "formalización de la investigación" como actuación del Ministerio Público, pues hasta antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004 dicha actuación no existía. Es más bien este código el que ha introducido la "formalización de la investigación preparatoria" como nueva forma de actuación del Ministerio Público.

Sea cual fuere la interpretación que se quiera asumir a este respecto, no varía la conclusión de que se trata de una ley posterior que asigna a esta específica actuación del Ministerio Público una determinada consecuencia jurídica: la *suspensión* del curso de la prescripción (*leges posteriores priores contrarias abrogant*).

d) Fundamento de base en la técnica legislativa

19. El legislador ha establecido expresamente en el artículo 339.1 del CPP de 2004 que en todo nuevo proceso penal regido por este código, la formalización de la investigación preparatoria *suspende* el curso de la prescripción. Y el sentido de ese término parece no generar ningún espacio para la duda. Si se hubiese querido instaurar un supuesto de interrupción se habría introducido una norma que indique de manera expresa que la formalización de la investigación preparatoria *interrumpe* el curso de la prescripción.

Más aún, si la voluntad del legislador hubiera sido regular un supuesto de interrupción, entonces no tendría sentido haber introducido un artículo expreso que indique la consecuencia de la formalización de la investigación preparatoria. Porque, hubiera bastado con abstenerse de introducir regulación alguna, considerando que el Código Penal ya regula en su artículo 83 que las actuaciones del Ministerio Público (la formalización es una de ellas) interrumpen la prescripción. En consecuencia, si el legislador decidió regular expresamente en el Código Procesal Penal de 2004, esto se debe a que su finalidad fue establecer una consecuencia jurídica distinta: que en adelante una determinada actuación del Ministerio Público (la formalización) suspenderá (y no interrumpirá) el curso de la prescripción de la acción penal.

IV. Lo insostenible de la tesis de la "interrupción"

20. Como se ha demostrado y fundamentado anteriormente, el art. 339.1 NCPP regula un supuesto de *suspensión* y no de *interrupción* de la prescripción. La formalización de la investigación preparatoria suspenderá el curso de la prescripción, posibilitando de este modo que la investigación y juzgamiento se lleven adelante sin el obstáculo de una probable interrupción amparada en la prescripción. El juez podrá administrar justicia, decidiendo sobre la responsabilidad del imputado. La sociedad y la víctima podrán conocer la verdad de lo sucedido. El objetivo del legislador fue evitar la amarga situación de ver cómo el imputado abandona el recinto del tribunal de justicia sin que se haya hecho justicia.

21. A la luz de lo descrito, se tornan pues insostenibles los argumentos de quienes defienden la tesis de la interrupción. Pero, adicionalmente, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Primero. Se sostiene que el art. 83 CP prevé como supuesto de interrupción de la prescripción las actuaciones del Ministerio Público, en consecuencia, al ser la formalización de la investigación preparatoria una actuación del Ministerio Público, esta tendría como consecuencia jurídica la *interrupción* de la prescripción y no la *suspensión*. La actuación del Ministerio Público mediante la formalización de la investigación "encajaría" en el supuesto de interrupción.

Esta observación resulta interesante. Sin embargo, como ya se ha señalado *supra*, no repara en el hecho de que la nueva ley procesal le asigna una *consecuencia jurídica* distinta a esta específica actuación del Ministerio Público. Ciertamente, la formalización de la investigación preparatoria es una actuación del Ministerio Público, no obstante, en el marco del nuevo proceso penal (y la aplicación del artículo 339.1 NCPP se reduce a este), la ley procesal penal le ha asignado una consecuencia jurídica distinta: *suspender* la prescripción. La finalidad político-criminal por la que se ha decantado el legislador peruano ha sido evitar que en el nuevo modelo procesal penal se produzcan casos de impunidad cuando la justicia está actuando. Esta ha sido la opción político-criminal que legítimamente ha adoptado el legislador. Se puede criticar esta decisión del legislador o la técnica legislativa adoptada, pero lo que no puede desconocerse es que esta decisión existe y que constituye derecho positivo de obligatorio cumplimiento. Una desvinculación de la norma (en rigor, una inaplicación) solo es posible a través de un juicio de constitucionalidad que concluya que la norma inaplicada es inconstitucional. Pero este juicio de constitucionalidad no se deja ver en el análisis de los críticos de la norma.

22. Segundo. Se ha señalado también que según el art. 84 CP, la suspensión de la prescripción se da cuando el comienzo o continuación del proceso dependa de una cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, luego, estando a que la formalización de la investigación preparatoria no supone la remisión a otro procedimiento para la solución de una cuestión que posibilite el comienzo o continuación del proceso, entonces el art. 339.1 NCPP no regula una suspensión de la prescripción, sino una interrupción.

Ciertamente, el art. 84 CP contiene una norma que regula un supuesto de suspensión de la prescripción. La causal de la suspensión regulada en esta norma es que el comienzo o continuación del proceso dependa de una cuestión que debe resolverse en otro procedimiento. Sin embargo, el art. 339.1 NCPP, como ley posterior, introduce un nuevo supuesto de suspensión de la prescripción. En la novel norma la causal de la suspensión de la prescripción es: la formalización de la investigación preparatoria por parte del Ministerio Público. Si bien con una técnica legislativa poco feliz, el legislador ha introducido legítimamente una nueva causal de suspensión.

23. Tercero. También es frecuente la objeción de que existiría una contradicción – "antinomia jurídica" – entre el art. 83 CP y el art. 339.1 NCPP, la cual se resolvería prefiriendo la norma del Código Penal. Esta decisión estaría respaldada además, por el supuesto carácter sustantivo de la prescripción y en la consideración de que el Código Penal es norma especial aplicable frente al Nuevo Código Procesal Penal.

Aquí debemos ser claros: no existe tal contradicción entre el Código Penal y el Código Procesal Penal de 2004. Como he afirmado *supra*, el art. 339.1 trae consigo una nueva causal de suspensión que solo será de aplicación en el nuevo proceso penal. Ambas normas deben ser interpretadas bajo una concepción unitaria del ordenamiento jurídico que procure una solución armónica.

Tampoco es correcta la afirmación de que la prescripción sea de naturaleza sustantiva, lo que haría del Código Penal norma especial frente al Código Procesal Penal. Afirmar que la prescripción tiene carácter sustantivo implica sostener que el simple paso de cierto tiempo hace que el hecho *ilícito* se convierta en hecho *lícito*, que el *delito* se convierta en un acto conforme a derecho. Pero, como es evidente una afirmación así no puede sostenerse. La consecuencia jurídica de la prescripción es el surgimiento de un obstáculo procesal para la persecución del delito, esto es, que no podrá iniciarse o continuarse un proceso penal. Pero el delito no deja de ser delito por el simple paso del tiempo.

Pero incluso en el supuesto negado que la prescripción tuviera carácter material, esto no haría del Código Penal una norma especial aplicable frente al Código Procesal Penal. En primer lugar, porque no estamos ante un concurso aparente de leyes que habilite el empleo del criterio de espe-

cialidad para la definición de la norma aplicable. En segundo lugar, si la prescripción fuera una institución de carácter sustantivo, entonces todas las normas que la regulan lo serían también, lo que incluye a las normas contenidas en el Código Penal como las contenidas en el Código Procesal Penal. No por el simple dato de que una norma esté contenida en un cuerpo legal determinado debe asumir la naturaleza de esta norma. La consideración del carácter de una norma debe reparar en su naturaleza, la cual se debe extraer de la norma misma. Al tratarse de normas de la misma naturaleza, no se puede afirmar válidamente que el Código Penal sea de aplicación preferente. Finalmente, y solo como aclaración dogmática, no es posible afirmar que la norma penal sea norma especial frente a la norma procesal penal o que esta lo sea frente a la norma de ejecución penal, ni tampoco es posible hacerlo a la inversa. Se debe atender más bien a la naturaleza de las normas, independientemente de dónde se encuentren.

Al tratarse de normas de la misma naturaleza, lo que corresponde es interpretarlas conjuntamente (independientemente del cuerpo legal en el que se encuentren), sistemáticamente y siempre bajo una concepción unitaria del ordenamiento jurídico. En consecuencia, en el presente caso, al tratarse de dos normas que regulan la misma institución, se debe entender que el legislador, mediante una ley posterior ha querido introducir cambios en la regulación de la prescripción, asignándole una consecuencia jurídica concreta (suspensión) al acto de formalización (causal o presupuesto). Desde la perspectiva sistemática, siendo todas las normas (tanto las contenidas en el CP como la contenida en el NCPP) válidas, la conclusión debe ser que se ha regulado un nuevo supuesto de suspensión.

24. Cuarto. Se ha intentado justificar una "interpretación" a favor de la interrupción, argumentando que no hacer tal interpretación llevaría a un juzgamiento indefinido del imputado. Esta justificación no es legítima. La prescripción no tiene por finalidad solucionar la problemática de los juzgamientos indefinidos. La prescripción es una autolimitación del Estado que atiende a otras consideraciones. La problemática de las dilaciones indebidas en el procesamiento de una persona está vinculada al plazo razonable del proceso penal para cuyo resguardo, el legislador ha previsto en el Código Procesal Penal del 2004 otros mecanismos, como el control del plazos. Este aspecto ha sido precisamente uno de los temas centrales de la reforma procesal. En consecuencia, no se puede pretender

distorsionar la naturaleza de la prescripción para lograr objetivos perseguidos a través de otros mecanismos.

V. Consideraciones finales

No existe argumento válido que permita sostener que el artículo 339.1 NCPP regula un supuesto de interrupción de la prescripción. Por el contrario, todas las perspectivas de interpretación –teleológica, sistemática y literal– llevan a la conclusión de que el artículo 339.1 NCPP regula un supuesto de suspensión. Por lo tanto, en el nuevo proceso penal, la formalización de la investigación preparatoria suspenderá la prescripción. Aquí debe reconocerse ciertamente que la técnica legislativa empleada no ha sido la más idónea, pues lo correcto hubiera sido hacer una regulación completa de la prescripción en el Código Penal. Sin embargo, la técnica empleada no cambia en nada la conclusión de que el artículo 339.1 NCPP regula una suspensión ni deslegitima la decisión político criminal adoptada por nuestro legislador.

La teoría de los delitos de infracción de deber*

– *Fundamentos y consecuencias* –

I. Preliminares

1. La teoría de los delitos de infracción de deber fue fundada por *Claus Roxin* hace aproximadamente cincuenta años y en la actualidad se ha impuesto en la doctrina. La jurisprudencia, entre tanto, viene asumiéndola crecientemente, pues se trata de una construcción teórica que permite solucionar con solvencia los problemas de autoría y participación en delitos cuyos tipos penales contienen deberes especiales.

En la ciencia penal alemana, el ulterior desarrollo de la teoría se debe, además de las anotaciones puntuales o breves comentarios observados en la literatura penal, básicamente a dos tesis doctorales que han abordado el tema. La primera de ellas pertenece a *Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles*[1], discípulo de *Günther Jakobs*, quien en un excelente trabajo titulado *"Pflichtdelikt und Beteiligung"*, realiza una fundamentación de la teoría de los delitos de infracción de deber a partir de una perspectiva normativista pura. El segundo trabajo es mi tesis doctoral[2] titulada *"Täterschaft und*

---

* Publicado en: Revista Penal, N.°29, Huelva/Salamanca/Sevilla/Castilla La Mancha, España, enero 2012.

1 Ver *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung - Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, Berlín (Alemania) 1999.

2 Ver *Pariona*, Täterschaft und Pflichtverletzung – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten, Baden-Baden (Alemania) 2010.

Pflichtverletzung" realizada bajo la tutoría de mi maestro *Claus Roxin*. Mi objetivo fue realizar una fundamentación de la teoría de los delitos de infracción de deber desde una perspectiva funcional materialista.

2. En la actualidad, la importancia de la teoría de los delitos de infracción de deber es inobjetable, pues ella contribuye decisivamente con la administración de justicia, haciendo de la determinación y delimitación de las formas de intervención una labor racional y justa. Asimismo, coopera con el objetivo de lograr una dogmática penal que ayude a dar soluciones prácticas a los casos concretos.

El presente trabajo no pretende agotar la exposición y discusión de todos los tópicos de la teoría –el espacio asignado resulta insuficiente para esta empresa–. Mi objetivo es más bien presentar y fundamentar mi propia concepción de la teoría de los delitos de infracción de deber.

II. El problema

3. La problemática en torno a la teoría de los delitos de infracción de deber está estrictamente vinculada a la *determinación* y *delimitación* de las formas de intervención en los delitos cuya estructura típica presupone un deber especial en el autor; por ejemplo, el delito de administración infiel de patrimonio de propósito exclusivo, los delitos cometidos por funcionarios públicos o los delitos de omisión. La cuestión puede ser planteada del siguiente modo: ¿cómo distinguir entre autores y partícipes en este tipo de delitos? La respuesta supone el hallazgo y la fundamentación de un criterio que permita identificar al autor del suceso delictivo y trazar una línea demarcatoria entre autores y partícipes en los tipos penales que presuponen (normativamente) un deber jurídico especial para el autor (distinto al deber general que compete a todos los ciudadanos).

Abordar este problema es mucho más difícil en aquellos casos donde existe una intervención conjunta de personas especialmente obligadas *(intranei)* y personas no obligadas *(extranei)*. En este ámbito, la problemática del agente doloso no cualificado es especialmente relevante,

como ya lo observaron *Merkel*[3] en 1889 y *Nagler*[4] en 1903. Aquí, resulta paradigmática la cuestión referida a la delimitación entre autores y partícipes en los delitos de corrupción de funcionarios públicos. Por ejemplo, cuando un juez que conoce una causa pide a su amigo (no funcionario) que solicite una dádiva a una de las partes para favorecerlo en la sentencia. Ocurre lo mismo en los delitos que suponen una especial confianza para la gestión de un patrimonio, como el fraude en la administración de patrimonio de propósito exclusivo o la apropiación ilícita. Aquí, puede citarse como ejemplo el caso en el que el administrador del patrimonio solicita a un tercero que se apropie del patrimonio para luego repartirse el botín. En Alemania, actualmente esta discusión se presenta sobre todo en la solución de los problemas de autoría y participación en el delito de administración infiel del § 266 StGB, en el caso del administrador de un patrimonio (*intraneus*) quien instiga a un particular no cualificado (*extraneus*) a la apropiación del patrimonio confiado a él.

4. En estos casos, ha sido siempre problemático distinguir entre autores y partícipes. La autoría del *intraneus* no es evidente, pues este no toma parte en la ejecución externa del hecho. Tampoco es clara la autoría del *extraneus*, ya que este no tiene la cualificación exigida para la autoría. En la doctrina, el pensamiento *monista* basado en la *teoría del dominio del hecho* no ha ofrecido hasta ahora una solución convincente. Por el contrario, una aplicación consecuente de sus postulados no solo lleva a la impunidad del "hombre de atrás" *intraneus*, sino también a la del "hombre de adelante" *extraneus*. El *intraneus* no podría ser autor porque en los casos descritos carece de un dominio real del hecho. Así, por ejemplo, en el caso del juez cohechador planteado *supra*, el dominio del evento criminal lo tiene más bien el *extraneus* que solicita la dádiva o, en el caso del delito de administración infiel, el agente no cualificado que sustrae los bienes de la masa patrimonial que el "factor fiduciario" ("administrador") tiene bajo su cuidado. Pero, de la impunidad del *intraneus* no puede derivarse, sin más, la autoría del *extraneus*, pues para esto sería necesaria la especial cualificación exigida por el tipo penal. Incluso un intento menos

---

3 *Merkel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, p. 141.

4 *Nagler*, Die Teilnahme am Sonderverbrechen – Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, 1903, p. 69 s.

pretencioso como es el de responsabilizar al *extraneus* a título de cómplice, está destinado al fracaso desde que el principio de accesoriedad impone como condición para la relevancia punible de la participación, la existencia de una autoría, que es precisamente lo que aquí no existe. ¡Los resultados de la teoría del dominio del hecho en el tratamiento de la problemática de la autoría y participación en delitos cuya estructura típica supone deberes especiales para el autor son dogmáticamente inaceptables!

5. Es recién con la teoría de los delitos de infracción de deber, que esta problemática encuentra una solución clara y convincente. Según los postulados de aquella, el hombre de atrás *intraneus* es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante *extraneus* es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría. Aquí, por supuesto, no juega ningún rol el dominio del hecho.

De aquello se puede concluir correctamente que el *intraneus* es autor mediato, puesto que lo que hace es realizar la acción típica "a través de otro" infringiendo personalmente su deber especial. En cambio, aunque tenga el "dominio del hecho", el *extraneus* es solo un cómplice; él no puede ser autor porque no está vinculado al deber especial y, por lo tanto, no puede lesionarlo. Este planteamiento, que aquí se señala resumidamente, es la contribución más importante de la teoría de los delitos de infracción de deber a la ciencia del Derecho Penal: haber ofrecido una solución clara para este "eterno" e "irresoluble" problema.

III. Surgimiento y desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber en la ciencia del Derecho Penal

6. La teoría de los delitos de infracción de deber fue creada por *Claus Roxin*. En 1963, en su libro, él desarrolló la infracción de deber como criterio para la determinación y delimitación de la autoría[5]. Según la concepción de *Roxin*, el autor es la figura central en la realización de la acción

[5] *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963. El trabajo ha alcanzado una octava edición (2006).

típica. El participe es, en cambio, solo una figura accesoria que contribuye al hecho del autor mediante una intervención motivacional o ayudándolo. Aquí, el concepto de "figura central" se concretiza en tres criterios diferentes: En primer lugar, en el "dominio del hecho", que es el criterio decisivo para la autoría en la mayoría de los delitos. Autor del delito será aquí quien *domina* el evento que lleva a la realización del delito; si bien el partícipe interviene (e influye) en el suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito (*delitos de dominio*). En segundo lugar, en la "ejecución de propia mano". La legislación penal ha previsto delitos en los que solo puede tenerse como figura central de la realización del delito a quien realiza el tipo penal de propia mano; luego, aquí el elemento decisivo es la intervención directa en la realización material del delito (*delitos de propia mano*). Finalmente –repárese en esto– el concepto superior de "figura central" se concretiza en el criterio de la "infracción del deber". En la ley penal existe un tercer grupo de delitos, cuya autoría solo puede recaer en quien ha infringido un deber especial que, obviamente, no alcanza a todas las personas (*delitos de infracción de deber*)[6].

Según la teoría de los delitos de infracción de deber de *Roxin*, la figura central del evento criminal en el que intervienen varias personas será quien lesiona el deber especial previo al tipo y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión. Aquí, son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado[7]. Así, por ejemplo, el funcionario público que instiga a un tercero que no tiene esta condición a realizar el resultado típico previsto por el § 348, párrafo 1 del StGB, es autor del delito de falsificación de documentos cometido por funcionario público, pese a no haber tenido el dominio del hecho. Esto es así porque el agente ha lesionado el bien jurídico contenido en el tipo a través de la infracción del deber especial extrapenal a cuya observancia estaba obligado. En cambio, el *extraneus* es solamente un cómplice del autor, pues aunque tiene el dominio sobre la acción y según las reglas

6 *Roxin*, (nota 5), p. 352 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970, p. 17; *el mismo*, AT II § 25, n. marg. 14.

7 Cfr. *Roxin*, AT II § 25, n. marg. 268.

del domino del hecho sería autor; sin embargo, no tiene ningún deber especial.[8]

La característica distintiva de la teoría de los delitos de infracción de deber de *Roxin* es la naturaleza del deber especial, cuya infracción convierte en autor al obligado especial. Según su opinión, lo que fundamenta la autoría *no es el deber general* que surge del tipo penal, cuya "infracción provoca la sanción prevista en el tipo"[9], sino un *deber especial* que no recae en todas las personas. Para *Roxin*, este es un deber *extrapenal*. Los deberes especiales están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y se originan en otros ámbitos del Derecho, como por ejemplo, los deberes del funcionario público (Derecho Público), los deberes de reserva o secreto de ciertas profesiones o los deberes de fidelidad en la administración de patrimonios ajenos (Derecho Civil). En ese sentido, los "especialmente obligados se distinguen entre los demás intervinientes por la relación especial que guardan con el contenido del injusto del hecho y que el legislador solamente por esta posición de deber le considera la figura central de evento y con ello como autor"[10].

7. En la dogmática del Derecho Penal la teoría de los delitos de infracción de deber se ha posicionado y hoy es objeto de intensa discusión. Un amplio sector de la doctrina la ha asumido y, en parte, ha continuado desarrollándola. Particular es el caso de *Jakobs* quien ha asumido la teoría integrándola a su propio sistema[11] bajo una concepción normativa pura del Derecho Penal. En esta misma línea, su discípulo *Sánchez-Vera*, ha logrado sistematizar una concepción normativa pura de los delitos de infracción de deber en una obra dedicada al tema. Sin embargo, los postulados dogmáticos y las consecuencias prácticas de esta corriente normativa son muy discutibles. De los aspectos críticos de esta concepción normativa, en el presente trabajo solo pondré de relieve el siguiente: La perspectiva metodológica de considerar la teoría de los delitos de infrac-

---

8 *Roxin* (nota 5), p. 361; *el mismo*, AT II § 25, n. marg. 271 ss.

9 *Roxin* (nota 5), p. 354; LK-*Roxin* § 25, n. marg. 37.

10 *Roxin* (nota 5), p. 354.

11 Cfr. *Jakobs*, AT, 21/116, 119; *el mismo*, Tun und Unterlassen, p. 31, nota 72. El desarrollo teórico que lleva adelante *Jakobs* va en una dirección distinta a la de *Roxin*; ello es subrayado por sus discípulos *Lesch*, GA 1994, p. 126; *el mismo*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, p. 130, 131 y *Sánchez-Vera*, (nota 1) p. 29 ss., 34 ss.

ción de deber como una teoría de la imputación del injusto y no como una teoría cuyo objetivo es solucionar los problemas de autoría y participación, es criticable. No es posible sostener –como veremos más adelante– que la infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico penal.

8. En la actualidad, la teoría de los delitos de infracción de deber se ha consolidado científicamente. Sin embargo, aún existen algunas críticas contra sus postulados. Puede mencionarse, como ejemplo, la objeción que señala que no sería plausible recurrir a deberes especiales extrapenales para la fundamentación de la autoría penal[12]. Las críticas ponen de relieve que el desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber no ha concluido y que es todavía una tarea pendiente para la ciencia del Derecho Penal.

IV. Los delitos de infracción de deber – Concepción personal

9. En razón al espacio concedido, en la presente contribución no trataré toda la problemática de la teoría de los delitos de infracción de deber. Esta tarea ya ha sido acometida en un trabajo anterior al cual remito para mayores detalles[13]. El objetivo de la presente contribución es más bien presentar y fundamentar mi propia concepción de la teoría de los delitos de infracción de deber, pues recién desde un punto de vista propio se puede valorar correctamente la problemática, premisas y alcances de la teoría y sus consecuencias dogmáticas. Como a continuación se verá, la fundamentación de mi concepción se basa en dos ideas.

1. La infracción del deber especial como criterio de la autoría

10. La primera idea sobre la cual gira mi concepción de los delitos de infracción de deber puede expresarse del siguiente modo: *la infracción del deber especial fundamenta la autoría y no el injusto*. En tal sentido, la

---

12 LK-*Schünemann* § 14, n. marg. 17.

13 Al respecto, en detalle *Pariona* (nota 2) p. 17 ss.

infracción del deber constituye el *criterio* dogmático por excelencia para determinar y delimitar la *autoría* en los delitos que suponen la existencia de un deber especial[14].

Sin embargo, entre los partidarios de la teoría existen algunas voces discrepantes que defienden la tesis de que la infracción del deber no solo fundamenta la autoría, sino también el injusto, esto es, que constituye la razón de la punición del comportamiento[15]. Esta es la postura defendida por *Jakobs* y algunos de sus discípulos. Para esta corriente doctrinaria la inobservancia de los deberes especiales (deberes en virtud de competencia institucional) sería el fundamento de la responsabilidad penal. Para esta concepción, la razón de la imputación sería la infracción de deber, la que llevaría consigo el contenido material del injusto, pues la lesión de una *"institución"* positiva fundamentaría siempre la punibilidad del autor[16]. En suma, en la infracción del deber radicaría el fundamento de la imputación jurídico-penal.

11. La concepción de esta corriente doctrinaria no convence porque funde dos planos analíticos distintos lo que trae como consecuencia un resultado nada trivial: la puesta en cuestión del orden sistemático. En efecto, se confunde la teoría de la autoría y la participación, cuyo objetivo es la búsqueda del *criterio* o *criterios* que permitan determinar y delimitar las distintas formas de intervención en el delito, con la teoría del injusto, que tiene por finalidad determinar el *fundamento* general de la imputación jurídico-penal.

En la discusión dogmática, la "infracción del deber" surge, superando a los criterios subjetivos (teoría de la voluntad y teoría de los intereses) y al dominio del hecho, como *criterio* para determinar y delimitar a autores de partícipes en delitos cuyos tipos penales suponen deberes especiales. Luego, la "teoría de los delitos de infracción de deber" es un modelo explicativo de la problemática de la intervención en el delito; con ello queda claro que el mencionado criterio y la teoría que la sustenta

---

14 Este postulado se basa en la opinión original de *Roxin*, según la cual la infracción del deber sería *criterio de autoría*, cfr. *Roxin* (nota 5) p. 385; p. 739, nota 752.

15 En este sentido *Sánchez-Vera* (nota 1) p. 180 ss., quien ha hecho de esta conclusión la base de su concepción. Cfr. También *Jakobs* AT 2/2.

16 *Sánchez-Vera* (nota 1) p. 199.

no pretende entonces explicar o solucionar la problemática del injusto. Consecuentemente, solo constituye un fundamento para la autoría y en ningún caso la razón de la punición.

Pero, incluso en el propio ámbito de la teoría del injusto, la concepción de la infracción del deber como fundamento del injusto no puede ser compartida. La punibilidad no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber porque aquella requiere también un contenido material definido por la afectación del bien jurídico protegido por la norma. Entonces, el fundamento de punición no solo radica en la infracción de un mandato normativo, sino también –y necesariamente– en la realización de un daño social. Por consiguiente, todo injusto penal presupone una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido. Así, por ejemplo, el prevaricato tiene que ser entendido –contrariamente a la concepción de *Jakobs*[17]– no como simple infracción del deber, sino también como afectación del bien jurídico administración de justicia[18].

2. El deber que fundamenta la autoría es un deber penal especial

12. La segunda idea en torno a la cual gira mi concepción de la teoría de los delitos de infracción de deber puede expresarse de la siguiente forma: *los deberes que fundamentan la autoría tienen naturaleza penal.* Este fundamento es producto de la construcción teórica que desarrollo, donde hago útil y fructífera la "doctrina de la autonomía del Derecho penal en la formación de conceptos" para dar solución a los problemas de autoría y participación, más concretamente, para resolver la problemática de la determinación y delimitación de la formas de intervención en los delitos de infracción de deber.

Según la teoría de los delitos de infracción de deber, el criterio para la determinación y delimitación de las formas de participación es la infracción del deber. Cada delito de esta clase supone en el agente un deber especial cuya infracción precisamente permite atribuirle el delito como autor. Sin embargo, este deber no puede confundirse con el deber general contenido en cada tipo penal, esto es, con el deber de "no cometer deli-

---

17 *Jakobs*, FS Jakobs, 2003 (Bogotá), 43.

18 *Roxin*, AT I § 2, n. marg. 113.

tos" y con ello de "no afectar ningún bien jurídico ajeno". No se trata, por consiguiente, de aquel deber cuya infracción constituye el fundamento de la punición (conjuntamente con la afectación del bien jurídico), sino más bien de otro deber; un deber especial contenido en determinados tipos penales y cuya utilidad dogmática es relevante en el ámbito de la autoría y la participación.

Desde el surgimiento de los delitos de infracción de deber, *Roxin* ha considerado que estos deberes son *extrapenales*. Según su concepción, los deberes especiales no son aquellos que surgen de la norma penal (cuya inobservancia provoca la sanción prevista por el tipo), sino más bien deberes extrapenales como los deberes de función de Derecho público o los de fidelidad del Derecho civil, que son necesarios para la configuración típica[19]. Autor sería quien lesione el deber especial extrapenal que está detrás del tipo.

13. La concepción de los delitos de infracción de deber defendida en el presente artículo, se aparta de la concepción de *Roxin*. En mi opinión, los deberes que fundamentan la autoría son *deberes penales*.

En consecuencia, debe subrayarse en primer lugar, que no se trata de deberes *extrajurídicos*. La autoría no puede fundamentarse en estructuras extrajurídicas, ya sean ontológicas, sociales, éticas o filosóficas[20]. Eso no significa, por cierto, que los deberes no tengan como substrato tales entidades prejurídicas, pues los deberes son también una expresión de valores y representaciones sociales y éticas. Sin embargo, los deberes extrajurídicos carecen de un significado directo para la dogmática del Derecho penal y solo adquieren relevancia con su reconocimiento por el ordenamiento jurídico[21].

Pero, la concepción aquí defendida también postula que los deberes especiales no pueden tener un carácter *extrapenal*. No pretendo negar el

---

19 *Roxin* (nota 5), p. 354 ss.; LK-*Roxin* § 25, n. marg. 37.

20 Los deberes éticos no fundamentan ningún deber jurídico penal. Cfr. *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, p. 125; SK-*Rudolphi* § 13, n. marg. 19; *Sax* JZ 1975, 139; *Stratenwerth/Kuhlen* AT I § 13 n. marg. 37; *Kühl* § 18, n. marg. 41; Sch/Sch/*Stree* § 13, n. marg. 7; *Wessels/Beulke* AT § 16, n. marg. 717. Según el BGH, los mandatos de buenas costumbres puros (rein sittlichen Gebote) no tienen relevancia jurídico penal, BGHSt 7, 271; BGHSt 30, 393.

21 Cfr. *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, p. 209 ss.

significado social de los deberes jurídicos de otros ámbitos jurídicos. Estos regulan (con consecuencias jurídicas) las relaciones entre una persona y un bien, pero de su infracción no se derivan consecuencias penales. Solo cuando dichos deberes son recogidos y transformados por los tipos penales es que adquieren relevancia para el Derecho penal. Esto es así porque el Derecho penal solo puede trabajar con conceptos penales.

Desde otra perspectiva, esto significa que los deberes especiales tienen como substrato una relación especial entre la persona y el bien jurídico; por ejemplo, la relación entre el administrador y el patrimonio que se le confía o la que existe entre el funcionario público y el Estado. Estas relaciones entre las personas y los bienes jurídicos son aseguradas de diversas maneras por el Derecho teniendo en cuenta el fin particular de cada ámbito jurídico. Así, por ejemplo, la protección del patrimonio se realiza de distintas maneras dependiendo de si es efectuada por el Derecho civil o el Derecho público. El primero tiene como objetivo la seguridad del tráfico jurídico; el segundo, la paz social. El aseguramiento de esta relación a través del Derecho Penal hace surgir deberes penales cuyo objetivo y contenido es la protección completa y amplia del bien[22], independientemente de consideraciones extrapenales.

Por lo tanto, aquellos deberes originados en otro ámbito (sea en un ámbito extrajurídico, como por ejemplo la moral; o en un ámbito extrapenal, como el Derecho civil), tienen significado para el Derecho Penal únicamente cuando son sometidos a una "adecuación" a un concepto jurídico penal, es decir, cuando son transformados. Consecuentemente, términos como "ley", "cosa", "daño", "institución" tienen que ser adecuados a la Teoría del Derecho penal para que puedan constituirse en elementos del discurso penal, esto es, para que se conviertan en conceptos jurídico-penales[23].

14. La autonomía en la formación de conceptos del Derecho Penal puede observarse claramente en el concepto de causalidad. Como ya se ha constatado, los conceptos de las ciencias naturales solo son obligato-

---

22 Los otros tienen solamente el deber de no dañar el bien. Los especialmente obligados, por el contrario, tiene un deber "especial" frente al bien, a saber, no solamente de no dañar el bien, sino también el deber de proteger el bien.

23 Cfr. *Fahl*, Jura 2005, 274; *Graul*, JuS 2000, 215; *Gropp*, JuS 99, 1041; *Küper*, JZ 1993, 435; *Schlüchter* JuS 1993, 19.

rios para el Derecho penal cuando han experimentado una adaptación. Si bien el Derecho penal puede servirse de los resultados de las ciencias naturales para la constatación de la causalidad, aquellas no pueden ofrecer soluciones predeterminadas y completas para las cuestiones penales, pues, por ejemplo, en el caso de la causalidad esta se presenta de modo distinto para el penalista y el físico[24].

También el concepto de "cosa" grafica claramente la referida autonomía. ¿Debe regir completamente para el Derecho penal el concepto de "cosa" del Derecho civil, esto es, con su contenido y significado original? En mi opinión, una solución dogmáticamente correcta debe llevar a la conclusión de que el Derecho penal debe seguir sus propios conceptos y, consecuentemente, debe elaborar una propia definición de "cosa": "Lo que se debe entender por cosa y cosa corporal, solo lo puede decidir la interpretación de la ley penal", y esto ocurre "independientemente de las definiciones de cosa en el ordenamiento jurídico de derecho privado"[25]. Por ejemplo, la doctrina considera unánimemente la lesión en la integridad corporal de un animal como un delito de daños. Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho civil los animales no son cosas (§ 90a BGB). Pero, muy a pesar de esto, el Derecho penal considera a los animales como "cosas" y, por ello, subsume las lesiones que se les ocasionan en el tipo penal de daños (§ 303 StGB)[26].

Esta ostensible autonomía en la formación de los conceptos penales que había acompañado a la ciencia[27] fue reforzada y consolidada por el Tribunal del Imperio alemán en 1899 cuando señaló que los conceptos

---

24 *Puppe*, ZStW 92 (1980), 864 s.

25 RGSt 32, 165 (179).

26 El tratamiento de los animales como cosas no se apoya en el pensamiento de que aquí existe (excepcionalmente) una analogía (NK-*Kindhäuser* § 242, n. marg. 7); también la prescripción jurídico civil del § 90a BGB es aquí irrelevante (Cfr. *Lackner/Kühl* § 242, n. marg. 2), pues el Derecho penal construye sus propios conceptos, cfr. además *Fahl*, Jura 2005, 274. *Küper*, BT, p. 255, anota además: Según el Código Civil, los animales no son cosas. Sin embargo, en el Derecho penal se ha impuesto la concepción según la cual los animales como "objetos corporales" son cosas: Autonomía del concepto de cosa *penal*; Validez del § 90a BGB solo para el Derecho civil.

27 Cfr. solo *Faust*, Zur möglichen Untreuestrafbarkeit im Zusammenhang mit Parteispenden, 2006, p. 68; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I § 13, n. marg. 22; *Fahl*, Jura 2005, 274; *Dießner* Die Unterlassungsstrafbarkeit der Kinder- und Jugendhilfe bei familiärer Kindeswohlgefährdung,

jurídico penales "solo pueden ser extraídos de las *leyes penales* vigentes"[28]. Esta doctrina es actualmente defendida también por el Tribunal Supremo alemán *(Bundesgerichtshof)*. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal señala expresamente que: "(...) no comparte la opinión, según la cual un deber de fidelidad penal se funda sobre una base de carácter jurídico civil", "en la jurisprudencia se reconoce que deberes u obligaciones de carácter civil no fundamentan una relación de fidelidad en el sentido del § 266 StGB", pues "no es objetivo de esta prescripción normativa sancionar con pena por el *delito de infidelidad* la infracción de deberes u obligaciones de prestaciones o contraprestación que se basan en la buena fe"[29].

15. La autonomía de los conceptos jurídico penales se puede constatar también en el marco de la discusión acerca de la fundamentación de los deberes de garante en el ámbito de los delitos de omisión. Según la concepción aquí defendida, los deberes extrapenales no pueden fundamentar deberes de garante. Los criterios materiales se basan en construcciones penales cuyo punto de partida es el tipo penal. La lesión de deberes extrapenales no genera sin más consecuencias penales[30]. Así, por ejemplo, no es lógico ni defendible que una niñera que infringe su deber de supervisión y no impide con ello la muerte del niño cuyo cuidado le ha sido confiado, deba permanecer exenta de castigo solamente porque el contrato firmado entre ella y los padres mediante el cual asumió el cuidado del niño fue declarado civilmente nulo por razones formales[31]. Esta solución sería defendible solo si la fundamentación de la autoría considerara también los deberes especiales existentes fuera del Derecho penal.

2008, p. 213; *Gropp* JuS 99, 1041; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, p. 336; *Nikolaus*, JA 2005, 609.

28 RGSt 32, 165 (179).

29 BGHSt 28, 23. Ferner BGHSt 1, 186 (188); BGHSt 22, 190 (191); BGHSt 5, 187; BGHSt 6, 314 (317).

30 *Grünewald*, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, 2001, p. 124 ss.; *Stratenwerth/Kuhlen* AT I § 13, n. marg. 24; NK-*Wohlers* § 13, n. marg. 31; *Otto/Brammsen*, Jura 1985, 532 ss.; LK-*Weigend* § 13, n. marg. 21; *Wessels/Beulke* AT § 17, n. marg. 717; *Sangenstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989, p. 181 ss.

31 NK-*Wohlers* § 13, n. marg. 31; LK-*Weigend* § 13, n. marg. 21. Ferner, *Böhm* Garantenpflichten aus familiären Beziehungen – Zur Deutung des § 13 Abs. 1 StGB als Blankettvorschrift, 2006, p. 51 ss.; *Seibert*, Die Garantenpflichten beim Betrug, 2007, p. 123 ss.

Sin embargo, para la fundamentación de la autoría en el ámbito del Derecho penal, no son vinculantes los deberes extrapenales. Esto quiere decir que para la determinación de un deber especial que fundamente la autoría es necesario una formación autónoma de conceptos, a saber, una formación de conceptos penales. Así, las contingencias que provengan de otros ámbitos jurídicos, no afectarán las especiales finalidades del Derecho penal. Esto se puede observar claramente en el ejemplo de la niñera, visto desde la perspectiva aquí planteada, la nulidad del contrato civil mencionado no afectará la responsabilidad penal de la persona que tiene a cargo el cuidado del niño. La niñera tiene un deber especial penal de cuidado, de impedir resultados dañosos para el bien jurídico, en suma, tiene una posición de garante. Los deberes jurídico-civiles se basan en especiales consideraciones de política social o política económica y por ello no pueden ser trasladados automáticamente hacia el derecho penal[32].

16. Sobre la base de lo expuesto puede concluirse preliminarmente que el Derecho Penal es autónomo en la elaboración conceptual de los deberes especiales. Los conceptos provenientes de otros ámbitos jurídicos (donde se incluyen los deberes) no vinculan directamente al Derecho Penal, cuando no se han adecuado a su contenido y sentido. Los deberes penales (entre los que se encuentran los que fundamentan la autoría) solo pueden ser extraídos de las prescripciones penales. Esto también resulta válido para los delitos de omisión. De esto se sigue que los deberes de evitación del resultado son deberes penales, pues la infracción de deberes u obligaciones de carácter civil no basta para la imposición de consecuencias penales. Para la determinación de deberes jurídico-civiles puede ser relevante la seguridad jurídica civil o el tráfico jurídico; sin embargo, para el Derecho Penal esto permanece fuera de su ámbito de consideración[33]. Por consiguiente, los deberes jurídicos de otros ámbitos de regulación no se extienden automáticamente al Derecho Penal[34]. Antes bien, solo los deberes jurídico penales, es decir, aquellos que emergen de la interpretación de prescripciones penales, poseen relevancia penal. En consecuencia, tanto aquellos deberes que fundamentan la punibilidad (junto con la

32 *Grünewald* (nota 30), p. 124 ss.; *Dießner* (nota 27), p. 213; *v.Coelln*, Das „rechtliche Einstehenmüssen" beim unechten Unterlassungsdelikt – Die Emanzipation der Garantenstellung von einzelnen Fallgruppen, 2007, p. 90; *Faust* (nota 27), p. 68.

33 *Faust* (nota 27), p. 68; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I § 13, n. marg. 22.

34 *Herzberg* (nota 27), p. 336. Además *Nikolaus*, JA 2005, 609; *Dießner* (nota 27), p. 213.

afectación del bien jurídico), como aquellos que determinan la autoría (más exactamente, aquellos cuya infracción no fundamenta la punibilidad sino la autoría) son de naturaleza penal.

V. La consolidación de un nuevo concepto de autor

17. El desarrollo de una teoría de los delitos de infracción de deber sobre la base de estas dos ideas expuestas ayuda a plasmar un modelo teórico coherente y consistente. En adelante, deberá entenderse a *los delitos de infracción de deber como aquellos en los cuales la figura central del evento criminal se encuentra vinculado por un deber especial de carácter penal.* Consecuentemente, el *criterio* para la determinación y delimitación de la autoría y participación en estos delitos será *la infracción del deber especial de carácter penal.* Autor será quien infringe el deber especial penal, partícipe quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial.

Mi concepción de los delitos de infracción de deber trae consigo un nuevo concepto de autor, el cual contribuye decisivamente a la explicación dogmática de la cuestión de la determinación y delimitación de las formas de intervención en los tipos que presuponen una posición de deber del autor (delitos de infracción de deber). En el caso del juez que encarga a un tercero solicitar una ventaja económica a una de las partes que intervienen en el proceso para favorecerla con su decisión, no es el juez, sino más bien el tercero quien tiene el dominio del hecho del evento delictivo, pues solo este tiene en sus manos la manera en la que realizará el pedido, sea a través de una conversación personal con el litigante, por medio de una carta, por teléfono o de otra manera. Igualmente, también el desplazamiento del patrimonio está solo en sus manos. Sin embargo, pese a ello, el tercero no puede ser autor del delito cometido (corrupción según § 332 StGB), pues a pesar de tener el dominio del hecho, carece del deber especial de carácter penal –deber de garantizar la corrección del ejercicio de las funciones y con eso su protección frente a la venta de la función pública y a la venalidad de los empleados[35]– y por consiguiente, no lo puede lesionar. Por el contrario, que el juez carezca del dominio del hecho no lo exime de ser la figura central del evento criminal, pues él,

35 Cfr. *Maurach/Schroeder/Maiwald,* BT II § 79, n. marg. 9; *Gössel/Dölling,* BT I § 75, n. marg. 1 ss., 20 ss.; MK-*Korte* § 332, n. marg. 2 ss.; *Arzt/Weber,* BT § 49, n. marg. 1 ss., 16 ss.

poseedor de un deber especial, lo ha infringido. Por lo tanto, en el ejemplo planteado, el juez es el autor por haber infringido su deber especial de carácter penal y el tercero es solo un cómplice.

1. La irrelevancia del dominio del hecho en los delitos de infracción de deber

18. El ejemplo planteado *supra,* confirma que para la determinación de la autoría en los delitos de infracción de deber no se necesita recurrir más al dominio del hecho. La autoría se funda exclusivamente en la infracción del deber penal especial. A pesar de que el juez no tiene el dominio del hecho, solo él es el autor, pues él infringe el deber especial de carácter penal; el tercero, por el contrario, es solo un cómplice, pues interviene en el hecho sin tener un deber especial.

Pero los casos de intervención de los especialmente obligados no se limitan únicamente a una intervención sin dominio del hecho. Se observa también grupos de casos en los cuales el especialmente obligado actúa dominando el hecho criminal e infringiendo su deber especial. Basta mencionar como ejemplo, el caso del administrador del patrimonio que conjuntamente con un *extraneus* afecta el patrimonio confiado, perpetrando una apropiación conjunta (activa) de este (§ 266 StGB). Aquí, el obligado especial no solo tiene el (co)dominio del evento delictivo, sino que al mismo tiempo infringe también el deber legal especial que recae sobre él. Pero, también en este caso la autoría es fundamentada únicamente por la infracción del deber. También aquí, el administrador del patrimonio, como poseedor del deber especial, es autor y el *extraneus*, un simple cómplice. Luego, la consecuencia del nuevo concepto de autor es que para la determinación de la autoría en estos delitos solo es relevante el criterio de la infracción del deber. No es relevante en modo alguno si el obligado especial tiene el dominio del hecho o no.

2. La irrelevancia de la forma de comisión

19. La consolidación de la "infracción del deber especial de carácter jurídico penal" como nuevo criterio para la determinación de la autoría, trae como consecuencia que la forma de ejecución del hecho pierda significado. Por ejemplo, el policía competente para el cuidado de un prisionero será siempre el autor, sin importar si es el mismo quien lesiona

al prisionero o si solo mira pasivamente cómo lo hace otro. La falta de relevancia en la forma en que se perpetra el delito es reconocida en la literatura como un elemento importante de los delitos de infracción de deber[36]. Se ha subrayado que si esto fuera llevado a sus últimas consecuencias, conduciría a la desaparición de la vieja diferenciación entre delitos de acción y delitos de omisión construida sobre criterios ontológicos y daría lugar a una nueva distinción entre delitos de acción y delitos de infracción de deber (*Handlungs- und Pflichtdelikten*) que, en sentido amplio, se basaría en criterios normativos[37].

3. Distinción entre delitos especiales y delitos de infracción de deber

20. Asimismo, del nuevo concepto de autor se puede extraer otra conclusión: los "delitos de infracción de deber" son distintos de los "delitos especiales"[38]. Se trata de dos categorías conceptuales diferentes, que se ubican en planos distintos y que surgen de dos modos diversos de clasificar los delitos, a saber, "delitos comunes/delitos especiales" y "delitos de dominio/delitos de infracción de deber". Si bien en muchos casos ambas categorías coinciden formalmente, ellas tienen contenidos y funciones diferentes.

Los "delitos de infracción de deber" suponen siempre y necesariamente un deber especial en la persona del autor. Se trata de un deber especial de carácter penal que es extraído del tipo y que impone al autor la obligación de protección del bien jurídico. Ejemplos de delitos de infracción de deber en el ordenamiento jurídico peruano son los delitos de "Administración infiel de patrimonio de propósito exclusivo", cohecho, apropiación ilícita. Los delitos de infracción de deber son definidos en función del deber especial del autor y a la función que cumple este de-

---

36 *Sch/Sch/Cramer/Heine* § 25, n. marg. 5 78; *Volk*, FS Tröndle, 1989, 224; *Jakobs*, AT 7/70; *Witteck*, Der Betreiber im Umweltstrafrecht – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Pflichtdelikten, 2004, p. 99; *Sánchez-Vera* (nota 1), p. 150; *Lesch* (nota 11) p. 131 ss.

37 *Witteck* (nota 36), p. 99; *Dreher*, GA 1971, 218.

38 La diferencia entre "delitos de infracción de deber" y "delitos especiales" es puesta de relieve en la doctrina, si bien no siempre con el mismo fundamento y no siempre con el mismo ámbito de validez, cfr. *Roxin* (nota 5) pp. 353, 354; *Jakobs*, AT 23/24, 23/25. En la misma dirección también *Witteck* (nota 36), pp. 100, 101; *Sánchez-Vera*(nota 1), pp. 36, 37.

ber en la determinación y delimitación de la autoría y la participación. Precisamente, *"la infracción del deber especial"* constituye el *criterio* que permite determinar la autoría. Así, por ejemplo, la infracción del deber de fidelidad en la administración de patrimonio fideicometido es el *criterio* que permite determinar quién es el autor y quién el partícipe, en caso de intervención de varias personas en este delito. Autor será únicamente quien posea e infrinja este deber especial, todos aquellos que intervengan en el evento delictivo sin poseer este deber especial serán solo cómplices. En el Derecho alemán, ejemplos de delitos de infracción de deber son la infidelidad (§ 266 StGB) y corrupción (§ 332 StGB), pues la autoría en estos tipos penales presupone un deber especial del agente cuya infracción fundamenta la autoría.

En cambio, en los "delitos especiales", el autor no es necesariamente portador de un deber especial. Ejemplo de un delito especial que no contiene deber especial es el delito de "amotinamiento". Lo que identifica a los delitos especiales es el *elemento típico especial* que caracteriza a la persona del autor. La función que cumple este elemento en los delitos especiales es determinar el círculo de posibles autores[39]. Por ejemplo, el elemento "detenido o interno" determina solo el círculo de posibles autores y, por consiguiente, los destinatarios de la norma; así solo aquellas personas que tengan la calidad de "detenido o interno" podrán entrar en consideración como posibles autores del tipo penal bajo análisis.[40] Sin embargo, este elemento en sí mismo *no constituye el criterio* que permite determinar quién es el autor y quién el partícipe. Así; por ejemplo, en caso de intervención de varias personas en el hecho delictivo, el elemento "detenido o interno" no permite determinar quién es el autor y quié-

39 Esto es reconocido en la doctrina, cfr. solo *Kraatz*, Die fahrlässige Mittäterschaft – Ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs, 2006, S. 206, quien aclara expresamente: Las exigencias que hacen el carácter de delito especial sirven solo a la delimitación de los posibles autores. Y *Kemme* Das Tatbestandsmerkmal der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten in den Unweltstraftatbeständen des StGB, 2007, p. 484 f., quien señala que los delitos especiales delimitan el círculo de posibles autores.

40 En Alemania, parte de la doctrina considera que el elemento "funcionario público" previsto en el § 332 StGB, determina el círculo de posibles autores, cfr. LK-*Walter* vor § 13, n. marg. 58; *Otto*, AT § 4, n. marg. 18; *Fischer* § 331, n. marg. 4. Además, señala *Munz*, Haushaltsuntreue – Die zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel als strafbare Untreue gemäß § 266 StGB, 2001, p. 57 s., con relación al § 266 StGB: El tipo se caracteriza porque la cualidad del sujeto de la acción prevista en la ley "delimita el círculo de autores".

nes los partícipes. No todos los "detenidos o internos" que intervengan serán considerados automáticamente autores, sino solamente aquellos que realizaron todos los elementos del tipo penal. En caso del tipo penal del amotinamiento, solamente los detenidos que se amotinen atacando o ejerciendo violencia contra los custodios serán considerados autores. Aquel "detenido o interno" que intervenga en el hecho sin realizar estos actos contra los custodios será considerado solo un partícipe. ¡Esto confirma que el elemento típico que caracteriza a los delitos especiales *no cumple la función de criterio de determinación de la autoría*!

Adicionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico se puede observar que gran parte de los delitos especiales coinciden con los delitos de infracción del deber; esto sucede por ejemplo en el caso de los delitos de peculado y cohecho. Estos son delitos especiales en la medida que el elemento "funcionario público" determina el círculo de posibles autores, es decir, solo los funcionarios públicos entrarán en consideración como autores. Pero también se tratan de delitos de infracción de deber, puesto que el tipo penal supone en el funcionario un deber especial (correcto ejercicio de la función pública) cuya infracción lo convierte en autor.

Se debe subrayar que esta coincidencia entre ambas categorías de delito es simplemente formal. Ambas categorías se diferencian materialmente, toda vez que ellas tienen contenidos y funciones diferentes. Los delitos especiales son definidos en función del elemento típico especial. En los delitos especiales, el elemento típico (p.ej. "funcionario público") no determina las formas de intervención. En cambio, los delitos de infracción de deber son definidos en función no del *elemento típico especial*, sino en función del *deber especial* cuya infracción lo convierte en autor. En este caso, la infracción del deber especial sí constituye el criterio que determina la autoría. Finalmente, de lo expuesto se puede concluir que los delitos especiales no son *per se* delitos de dominio. Dado el caso concreto podría presentarse que un delito especial sea a la vez un delito de dominio, pero no necesariamente, como hemos visto en el caso de los delitos de peculado y cohecho. Se debe reparar más bien que se tratan de categorías distintas que en algunos casos, dada la especial configuración de cada ordenamiento jurídico, se pueden superponer.

4. Diferencia entre infracción de la norma (general) e infracción de deber (especial)

21. Resulta oportuno aquí considerar la crítica[41], según la cual no existiría ninguna diferencia entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, en tanto ambos grupos de delitos presuponen una infracción de la norma. En esta dirección se orienta la opinión de *Maurach/Gössel/Zipf*: las normas, con su pretensión de deber ser, fundamentan deberes de respeto a los bienes jurídicos, por eso cada infracción normativa sería al mismo tiempo una infracción de deber. Por consiguiente, los delitos, sin excepción, serían acciones contrarias a deber. Sobre la base de esta idea los referidos autores concluyen: "Por eso, la diferencia entre delitos de dominio y de infracción de deber (*Roxin*) o entre delitos de organización y de infracción de deber (*Jakobs*) no puede ser aceptada –y menos aún pueden ser aceptadas las consecuencias extraídas de ella para la teoría de la autoría"[42]. En similar dirección se orienta también *Stein*[43], quien refiere que si el objetivo de las normas de comportamiento radica siempre –y exclusivamente– en la protección del bien jurídico, la "infracción del deber" no sería otra cosa que el ataque a un objeto concreto de dicho bien. Luego, la infracción del deber, que lleva consigo el *intraneus* de un delito especial, no podría distinguirse de la infracción del deber que comete el autor o partícipe de un delito común[44].

22. La tesis de la "identidad de los deberes" debe ser rechazada, en tanto parte de premisas equivocadas. Si bien todo delito es expresión de infracción de una norma, y por tanto de un deber, sin embargo, no todos los deberes son iguales, ni están dirigidos a los mismos destinatarios. En el ordenamiento jurídico existen tipos penales de los cuales surgen deberes de respeto para los bienes jurídicos que están dirigidos –y por tanto vinculan– a todos los ciudadanos. Estos son los denominados *deberes generales*. Ejemplo de estos tipos penales son los de homicidio, robo, estafa. Pero en el ordenamiento jurídico también se puede observar tipos

---

41 *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II § 42, n. marg. 10 s.; *Stein* (nota 21), p. 210 f.; *Otto*, Jura 1987, 257.

42 *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II § 42, n. marg. 10 s.

43 *Stein* (nota 21), p. 210 s.

44 *Stein* (nota 21), p. 210, afirma incluso que tampoco se diferencia esta infracción de deber de la infracción de deber del partícipe externo en el delito especial.

penales de los que surgen deberes de protección dirigidos no a todas las personas, sino solamente a determinados destinatarios que tienen una posición especial frente al bien jurídico, como el juez, el fiscal o el administrador de patrimonios ajenos, previstos en los tipos de administración infiel, corrupción de funcionarios, §§ 266 y 332 StGB. Estas personas tienen deberes especiales de protección integral de los bienes a los cuales están vinculadas jurídicamente. Son los denominados *deberes especiales*. Precisamente, en el presente trabajo he fundamentado la diferencia sustancial existente entre ambos tipos de deberes. En consecuencia, si los deberes que infringe el autor son de distinta naturaleza, estará legitimada la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber.

VI. Consideraciones finales

23. El objetivo de la presente contribución fue exponer los fundamentos de mi propia concepción de los delitos de infracción de deber, la cual fue realizada sobre la base de dos ideas: La primera, que la infracción del deber especial *solo fundamenta la autoría* y no el injusto; la segunda, que estos deberes especiales son de carácter *penal*. De la primera idea se extrae que la concepción que deriva de la infracción del deber el fundamento de la imputación jurídico-penal, es decir, la razón de la punición (contenido del injusto), no es convincente. Incluso en el ámbito de la teoría del injusto, la punibilidad no se agota con la infracción de un deber, sino que ella requiere la afectación de un bien jurídico. En consecuencia, el fundamento de la imputación jurídico penal –el presupuesto material del injusto–, supone el concurso de ambos elementos. La segunda idea lleva a la conclusión que los deberes que fundamentan la autoría no son deberes *extrajurídicos*, tampoco *extrapenales*, sino que se trata más bien de *deberes de naturaleza penal*, pues surgen de los tipos penales.

La conjunción de estas ideas se materializa en el desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber que he efectuado y, con esto, en la fundación de un nuevo concepto de autor. En adelante, autor será quien infrinja el deber especial penal, en cambio, será partícipe quien intervenga en el hecho punible sin tener ese deber especial. Esta nueva expresión de la teoría de los delitos de infracción de deber contribuye decisivamente en la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos tipos que presuponen deberes especiales.

La prescripción en los delitos contra la administración pública*

I. Preliminares

1. La regulación de la prescripción en los delitos contra la administración pública está marcada por las preocupaciones político-criminales de nuestro legislador. Los delitos cometidos por funcionarios públicos que afectan a la administración pública, se presentan ante los ojos de la población como graves actos que socavan las bases mismas del Estado. El reclamo de castigo para estos actos es cada vez mayor. Sin embargo, en contrapartida a esta exigencia social, son justamente estos delitos los que a menudo resultan impunes. Sus autores, dado el poder que detentan, su posición en el aparato estatal y el blindaje que les otorga el ejercicio mismo de la función pública, logran eludir la acción de la justicia recurriendo, entre otros mecanismos de impunidad, a la *prescripción*[1].

Lamentablemente, nuestro legislador no ha afrontado integralmente esta problemática de impunidad. Más bien, ha ensayado una tímida respuesta estableciendo una regla especial de prescripción (duplicación del plazo) solo para un grupo de delitos: para aquellos cometidos por funcionarios públicos en contra del patrimonio del Estado. Como se verá más

---

* Publicado en: Gaceta Penal & Procesal Penal, N.º 10, Lima Abril de 2010.

1 El modo como está regulada la prescripción en nuestro ordenamiento jurídico ha hecho de ella el instrumento de impunidad por antonomasia, no solo para los delitos de funcionarios públicos, sino para todos los delitos en general. *Prado Saldarriaga* ha observado que "no cabe duda que en términos porcentuales la prescripción de la acción penal se constituye en la causal de extinción más común y frecuente en la praxis jurisdiccional". Cfr. Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia, Lima 1999, pág. 417.

adelante, se trata de una respuesta político-criminalmente insuficiente y técnicamente incorrecta.

2. En las páginas que siguen se realiza un repaso de las reglas generales de la prescripción para luego concentrarnos en el estudio de la regla especial de prescripción aplicable a los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado. Sobre el alcance de la regla especial se propone una línea de interpretación que compatibilice los fines político-criminales con el marco normativo. Finalmente, se analiza críticamente el significado de la regla especial y su posible proyección a otros delitos.

II. Reglas generales de prescripción

3. Las *reglas generales* de la prescripción establecidas en el Código Penal son, en principio, aplicables a todos los delitos contra la administración pública. Sin embargo, para un gran número de estos delitos rigen reglas especiales. Antes de ingresar al tratamiento de estas reglas especiales veamos las reglas generales.

Según las reglas generales del derecho penal, a la comisión de un delito debe seguir (como consecuencia lógica) su sanción penal. Las instancias del sistema de justicia deben proceder a instaurar la persecución penal (Ministerio Público) y, en su momento, deben aplicar la pena que corresponda (Poder Judicial). Sin embargo, el propio ordenamiento jurídico prevé que ante ciertas condiciones el Estado renunciará a la pretensión punitiva. Uno de estos supuestos es la prescripción. Este instituto jurídico regula la renuncia del Estado al castigo del delito en razón al transcurso del tiempo, es decir, el solo paso del tiempo hará que no se pueda perseguir más los delitos cometidos. Aquí la ley distingue dos supuestos de prescripción, a saber, la *prescripción de la acción penal* (art. 80 y ss. CP) donde el transcurso del tiempo impedirá que la justicia penal accione o siga accionando contra quien es reputado autor del delito; y, la *prescripción de la pena* (art. 85 y ss. CP) donde el transcurso del tiempo impide que se ejecute la pena impuesta mediante sentencia firme.

4. El fundamento de esta renuncia del Estado al *ius puniendi* radica en consideraciones político-criminales que refieren que el paso del tiempo hace que la sanción penal no sea más necesaria. La idea de la falta de necesidad de pena se basa en la consideración de que con el transcurso

del tiempo el delito pasa al olvido y su sanción ya no logrará más los efectos preventivos deseados. La actuación de la justicia debe ser oportuna e inmediata. Por ello, la prescripción podría ser entendida también como una sanción al Estado por su inacción. En los hechos, la prescripción constituye una autolimitación del Estado en la persecución del delito bajo consideraciones estrictamente de política criminal que tienen que ver con la maximización de esfuerzos en la persecución del delito, dando prioridad a los más recientes y dejando de lado aquellos sobre los que ya recayó el olvido, alejando además de este modo la posibilidad de una decisión errada ante dificultades de orden probatorio por el transcurso del tiempo[2].

5. Del fundamento expuesto se desprende pues la naturaleza jurídica de la prescripción: se trata de un instituto jurídico de ***carácter procesal***, lo cual implica, a su vez, que la prescripción se constituye en un impedimento procesal para la persecución del delito[3]. La consecuencia práctica y fundamental de la prescripción es que no se puede iniciar más un proceso penal contra el presunto autor o, existiendo uno, este debe archivarse definitivamente por imperio absoluto de la ley. El carácter procesal de la prescripción en nuestro ordenamiento jurídico se evidencia aún más cuando, según nuestro ordenamiento adjetivo, esta se constituye en un impedimento para seguir procesando al presunto responsable del delito. La norma establece claramente que, contra la acción penal puede deducirse la *excepción de prescripción*[4]. Esta podrá deducirse "cuando por el vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal se haya extinguido la acción penal o el derecho de de ejecución de la pena" (art. 6, inciso 1, literal e del NCPP). En consecuencia, es claro que la prescripción

---

2 Para mayores detalles sobre la discusión de la justificación de la prescripción, confróntese los trabajos de *Meini*, en: Imputación y responsabilidad penal, Lima 2009, pp. 277 y ss. y *Chocano Rodríguez*, Instigación al delito e interrupción de la prescripción penal, Lima 2006, pp. 91 y ss.

3 En Alemania sigue esta postura Sch/Sch/*Stree/Sternberg-Lieben*, StGB 2006, Vorbem §§ 78 ff., n.marg. 3: "Die Verjährung ist ihrer rechtlichen Natur nach ein Prozesshindernis". *Jescheck* refiere que el carácter procesal de la prescripción se ha hecho dominante a raíz del cambio jurisprudencial operado en Alemania en 1942, cfr. *Jescheck/Weigend*, Tratado de derecho penal. Parte General, 1996, pág. 912. Según *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 2009, § 21, n. marg. 9, la nueva doctrina y jurisprudencia asume un carácter procesal puro de la prescripción.

4 Sobre esta excepción cfr. *San Martín Castro*, Derecho procesal penal, 2. ed., Lima 2006, pp. 392 y ss.; *García Rada*, Manual de derecho procesal penal, 8.ª. ed., Lima 1984, pp. 42 y 43.

no convierte el delito cometido en un hecho lícito, sino que, únicamente, este no puede ser perseguido más.

En el ámbito doctrinal la discusión sobre el carácter de la prescripción no está cerrada. Aún hoy se defienden posturas que consideran que la prescripción tendría *carácter material*[5]. Como instituto de derecho material la prescripción eliminaría el carácter delictuoso del hecho cometido o su carácter de injusto penal (causa de anulación de la pena). Finalmente, parte de la doctrina asigna a la prescripción un *carácter mixto*[6], como un instituto de naturaleza procesal y material. Según la teoría mixta, "la prescripción del delito es una causa personal de anulación de la pena, que, sin embargo, está configurada desde el punto de vista jurídico-procesal como un obstáculo procesal"[7].

6. Ahora bien, lo concreto es que la ley peruana establece como presupuesto para la prescripción el paso de un cierto tiempo. Aquí nos interesa la prescripción de la acción penal. ¿Cuál es el plazo de prescripción? La respuesta la encontramos en el art. 80 CP. El legislador establece un plazo ordinario de prescripción y uno extraordinario. La regla general (plazo ordinario) refiere que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad; y tratándose de penas distintas a la pena privativa de libertad la acción prescribe a los dos años (art. 80 CP). A estos efectos debe considerarse el máximo de la pena abstracta prevista en el tipo penal en concreto (pena conminada). En cambio, se dará el supuesto de la *prescripción extraordinaria* cuando por algunas de las causales establecidas por la ley –por ejemplo a causa de las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales– se interrumpe la prescripción ordinaria y deba contabilizarse nuevamente un plazo de prescripción. Para estos casos, la ley establece un supuesto extraordinario de prescripción, en el cual "la acción penal prescribe en todo caso, cuando el tiempo trascurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción" (art. 83 CP).

---

5 *Radke*, Bestrafungshindernisse auf Grund des Zeitablaufs, 2001, pp. 23 y ss.

6 *Villa Stein*, Parte General, 3.ª ed., Lima 2008, pág. 529; *Jescheck/Weigend*, Tratado, pp. 912.

7 *Jescheck/Weigend*, Tratado, pp. 912 y ss.

7. Aquí es oportuno mencionar que conforme a la "jurisprudencia vinculante"[8] de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, para ambos tipos de plazos de prescripción (ordinario y extraordinario) el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82 del Código Penal. Estas reglas refieren que los plazos de prescripción comienzan en distintos momentos dependiendo de si nos encontramos ante un delito en fase de tentativa, ante un delito instantáneo, ante un delito continuado o ante un delito permanente. En el caso de un delito tentado el plazo de prescripción comenzará a contabilizarse desde el día en que cesó la actividad delictuosa. En caso del delito instantáneo –el más frecuente– el plazo de prescripción se contabilizará a partir del día en que se consumó. En el delito continuado el plazo se iniciará desde el día en que terminó la actividad delictuosa. Y finalmente, en el caso del delito permanente el plazo de prescripción correrá desde el día en que cesó la permanencia. También basado en consideraciones político-criminales, el legislador ha establecido supuestos de reducción de los plazos de prescripción; así por ejemplo el plazo de prescripción se reducirá a la mitad si el agente tiene menos de veintiún años de edad cuando comete el delito. La misma regla se aplicará si el agente tiene más de sesenta y cinco años de edad cuando comete el delito[9].

III. Reglas especiales de prescripción para los delitos cometidos por funcionarios públicos en contra del patrimonio del Estado

8. Las reglas generales reseñadas son –en principio– de aplicación a los delitos contra la administración pública. Sin embargo, la misma ley establece un supuesto especial de prescripción para todos aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos y que atenten contra el patrimonio del Estado. El art. 80 CP señala: *"En caso de delitos cometidos*

---

8 Acuerdo Plenario N.º 9-2007/CJ-116 del 16.11.07 de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

9 Mayores detalles sobre la problemática de la prescripción son aquí omitidas por ser irrelevantes para nuestro cometido. Para un estudio en detalle sobre la prescripción, cfr. *Prado Saldarriaga*, Todo sobre el Código Penal, T.I, pp. 156 y ss.; *Roy Freyre*, Causas de extinción de la acción penal y pena, 2.ª ed., Lima 1998, pp. 53 y ss.; *Chocano Rodríguez*, Instigación al delito e interrupción de la prescripción penal, pp. 91 y ss.

por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, (...), el plazo de prescripción se duplica"[10]. La consecuencia de esta regulación legal es que para gran parte de los delitos contra la administración pública regirán reglas especiales de prescripción, distintas de las reglas generales.

Esta *regla especial* es la *duplicación del plazo de prescripción*. Siempre que se trate de un delito cometido por funcionario público y que afecte el patrimonio del Estado o el patrimonio de organismos sostenidos por el Estado no regirán más las reglas generales, sino será de aplicación la regla especial, es decir, se duplicará el plazo de prescripción. Así por ejemplo, ante la comisión del delito de peculado doloso (tipo básico[11]) previsto en el art. 387 CP el plazo de prescripción no será más el de ocho (8) años, sino que este será el de dieciséis años.

9. La Corte Suprema ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse reiteradamente[12] sobre la aplicación de la regla especial de prescripción. Aquí mencionamos solo un caso donde la Corte rechazó la prescripción basándose en la regla especial de duplicación del plazo de prescripción para delitos contra el patrimonio del Estado: "de la revisión de autos se aprecia que la conducta imputada como delito de peculado culposo, se halla prevista en el tercer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del código sustantivo, ilícito sancionado con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas, es decir, en este caso no solo debe considerarse el plazo prescriptorio referido a la pena privativa de libertad, sino también el de la otra pena señalada en la citada norma, la de prestación de servicios comunitarios, regulada en el artículo treinta y cuatro del Código Penal; que, en tal virtud, de conformidad con lo establecido en el penúltimo párrafo del numeral ochenta del mismo cuerpo legal, en los delitos que merezcan otras penas distintas a la privativa de libertad, la acción penal

---

10 Esta regla especial fue introducida en el art. 80 del Código Penal recién el 26 de mayo de 1994, mediante Ley N.º 26314.

11 Art. 387 CP: "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años".

12 Cfr. entre otras R.N.N.º 3443-2001, R.N.N.º 351-2002, R.N.N.º 3094-2002, R.N. N.º1158-2003, R.N.N.º 252-2004, R.N.N.º 1960-2007.

prescribe a los tres años, y considerando el plazo extraordinario previsto en el último párrafo del artículo ochenta y tres, la prescripción operaría para esta pena a los cuatro años y seis meses; que además de lo anterior, debe agregarse lo dispuesto en el último párrafo del citado artículo ochenta, modificado por la Ley número veintiséis mil trescientos sesenta, referido a que en el caso de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, como es el caso de autos, la prescripción se duplica; por lo que en el presente proceso la prescripción de la acción penal operaría a los nueve años de sucedidos los hechos instruidos, término que a la fecha aún no ha transcurrido, ya que tales hechos acontecieron en el año mil novecientos noventa y cinco"[13].

IV. Ámbito de aplicación de la regla especial de prescripción

10. Sin embargo, con la determinación de la regla especial de prescripción contenida en el art. 80 CP no se agota la problemática de la prescripción en estos casos. Se hace necesario precisar su ámbito de aplicación, pues la norma no es clara al respecto. La regulación legal no es clara pues no señala ***cuáles son los delitos*** que afectan el "patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este" cuya comisión por parte de un funcionario público hace que se aplique la regla especial de prescripción.

11. Ante esta falta de claridad se hace necesario fundamentar una línea de interpretación que conjugue los lineamientos político-criminales y el marco impuesto por la ley. Se trata pues de determinar el sentido; y, en consecuencia, el ámbito del tenor legal: delitos *"contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este"*.

Una primera línea de interpretación, a la que denominamos *"interpretación restrictiva"*, podría entender el término "delitos cometidos en contra del patrimonio del Estado" como una referencia a aquellos *delitos que tienen como específico bien jurídico protegido al patrimonio del Estado*. Caso paradigmático de estos delitos sería el delito de peculado (art. 387 CP). Aquí, el tipo penal sanciona la conducta penal del funcionario

13 R. N.N.° 3443-2001.

público que se apropia o utiliza caudales o efectos cuya administración o custodia le han sido confiados por el Estado por razón de su cargo. En este grupo también se incluirían las demás formas de peculado y malversación. Del tenor de estos delitos; y, conforme a la jurisprudencia[14] y doctrina dominante se desprende claramente que estos delitos tienen como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado, además de otros bienes jurídicos como el recto cumplimiento de los deberes funcionales confiados y la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de administrar los bienes del Estado [15].

Sin embargo, esta interpretación restrictiva debe ser rechazada porque no agota todo el contenido de la norma que expresamente refiere que la regla especial de prescripción se aplica *a todos* los casos donde un funcionario público comete un delito en contra del patrimonio del Estado. La norma no se limita pues solamente a delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos y que tengan como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado. La única referencia de la norma es a todos los delitos cometidos "contra el patrimonio del Estado"; el dispositivo legal no contiene en ninguno de sus extremos una referencia al "bien jurídico"; ¡no se puede distinguir pues donde la norma no distingue!

Pero además, la concepción restrictiva vaciaría de contenido a la ley penal y la haría inútil y hasta contraproducente con los fines que tuvo el legislador para evitar la impunidad de la criminalidad de funcionarios públicos. Tal como está redactada la norma, es claro que comprende casos donde por ejemplo un funcionario público comete apropiación ilícita, hurto, estafa o daños (delitos comunes) en agravio del patrimonio del Estado sobre bienes que no están bajo su competencia funcional. Si bien estos delitos no protegen como bien jurídico específico el patrimonio del Estado, sino el patrimonio en general, sin embargo, de su tenor se desprende que el ámbito de protección de la norma abarca también al patrimonio estatal. ¡El hurto cometido por el gerente de personal de un ministerio de las partidas dinerarias que administra el jefe de tesorería de

14 Véase R.N. N.º 1132-1998, R.N. N.º 3630-2001.

15 Resaltando la calidad de delito pluriofensivo *Rojas Vargas*, Delitos contra la administración pública, pp. 480.

esta institución pública constituye sin lugar a dudas un comportamiento ilícito que va "contra el patrimonio del Estado"!

12. En contraposición a esta forma de entender la norma, se puede ensayar una *segunda línea de interpretación* según la cual la regla especial de prescripción será de aplicación a todos los delitos cometidos por funcionarios públicos que afecten *directa o indirectamente* al patrimonio del Estado (***interpretación extensiva***)[16]; es decir, solo bastará la constatación de una afectación patrimonial, sin importar que esta sea remota, lejana o mediata y sin que sea relevante incluso que el tipo penal no comprenda ni de manera extensiva una protección del patrimonio estatal. Consecuencia de esta concepción es que el abanico de delitos donde procede la aplicación de la regla especial se extiende ampliamente. Así, se comprende a delitos como el peculado en todas sus variantes, a todos los delitos comunes cometidos por funcionarios públicos en agravio del patrimonio del Estado, pero también delitos de cuyo contenido no se aprecia un ataque (directo) al patrimonio estatal, como p. ej. el delito de rehusamiento de actos funcionales, abuso de autoridad y otros similares. En efecto, según este razonamiento, en el delito de rehusamiento de actos funcionales (art. 377 CP) puede entenderse que la acción del funcionario público que ilegalmente rehúsa algún acto de su cargo genera perjuicio económico al Estado en la medida que el incumplimiento de las funciones no significa que el acto debido no se cumplirá más, sino que en los hechos estos actos deberán cumplirse de todas maneras, y esto con cargas patrimoniales para el Estado por destiempo en el cumplimiento y por las indemnizaciones que podrían generarse.

Esta manera de extender la aplicación de la regla especial de prescripción no convence y deja ver una dudosa ampliación de la norma. En efecto, esta concepción, aplica la regla especial de prescripción a casos que "evidentemente" no están comprendidos en el sentido y contenido de la norma, pues no afectan ya el núcleo del concepto normativo de delitos "contra el patrimonio del Estado" que debe ser entendido como *ataque **directo** al patrimonio del Estado*. Resulta un exceso comprender

16 *Castillo Alva*, Actualidad Jurídica, 2004, T. 128, pp. 22 y ss., postula una interpretación amplia que "solo exige para la aplicación del último párrafo del art. 80 del CP la comprobación en cada caso concreto que el delito – independientemente de su característica, tipología e índole – haya producido un perjuicio al patrimonio del Estado, ya sea por la forma de sus ejecución, por los recursos que se han empleado, etc."

casos como los del rehusamiento de actos funcionales (art. 377 CP) como una afectación *directa* al patrimonio del Estado. En efecto, en estos casos, si bien se deja ver una afectación lejana y mediata al patrimonio, sin embargo, el comportamiento renuente del funcionario público a cumplir sus funciones afecta en primer orden y de manera directa más bien el eficiente desenvolvimiento de la administración pública y la legalidad del ejercicio de funciones[17]. Aquí la afectación al patrimonio es mediato y eventual, como en casi todos los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública.

Manuel Abanto critica –correctamente– lo absurdo de esta postura que defiende una interpretación extensiva, señalando que según esta concepción, el patrimonio del Estado podría verse afectado también cuando "se mata a un funcionario público, (...), en cuanto estaría obligado al pago de pensiones y a contratar a otra persona. Lo mismo sucede con las lesiones e incluso con los delitos contra la libertad individual: se secuestra a un funcionario público, quien al no poder ejercer sus funciones, hace perder dinero al Estado"[18].

Una concepción demasiado extensiva debe ser rechazada, pues las interpretaciones a las que lleva rompen ya el sentido de la norma e introducen *de contrabando* una ilegítima extensión de normas.

13. Planteo una tercera línea de interpretación que postula una ***solución intermedia***[19]. La referencia legal a delitos que "afectan el patrimonio del Estado" debe ser entendida como: *ataque **directo** al patrimonio del Estado*. Esta concepción logra materializar la voluntad político-criminal del legislador sujetándose a los marcos de la ley. El criterio se sujeta pues al tenor legal que es la base de legitimidad de toda construcción teórica. Así, como ya se ha adelantado, una interpretación que respete el sentido (literal posible) de la norma bajo estudio debe entender el concepto de "delitos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por

---

17 *Abanto Vásquez*, Delitos contra la Administración pública, Lima 2003, pp. 331 y ss.; *Salinas Siccha*, Delitos contra la administración pública, pp. 178. En esta misma línea *Rojas Vargas*, Delitos contra la administración pública, pp. 271, apoyándose en Soler, Creus, Manzini, Pagliaro y Antolisei.

18 *Abanto Vásquez*, Delitos contra la administración pública, pp. 93.

19 En esta misma línea *Abanto Vásquez*, cfr. Delitos contra la administración pública, pp. 93.

este" como delitos que afecten *"directamente"* el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este.

Luego, el grupo de delitos comprendidos por esta norma será más amplio que el admitido por la concepción restrictiva (que es correcta, pero insuficiente), pero menor al admitido por la concepción extensiva (que extiende ilegítimamente su ámbito de aplicación). Así, primero, la regla especial de duplicación del plazo de prescripción será aplicable a aquellos casos donde el tipo penal contiene como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado, por ejemplo los tipos penales de peculado –que según el tenor de la norma, e interpretación mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia nos encontramos ante un delito contra la administración pública cometido por funcionario público y que afecta el patrimonio del Estado–.

Segundo, la regla especial también será de aplicación a todos los demás delitos contra la administración pública en los que aunque el tipo penal no considere como bien jurídico protegido primariamente el patrimonio del Estado, sí se desprenda de su configuración fáctica en el caso concreto una afectación *directa* del patrimonio del Estado. Visto así, en este ámbito se podría comprender casos como los de los delitos de corrupción de funcionarios donde el contenido del acto de corrupción tenga como objeto defraudar al Estado afectando su patrimonio gravemente, sea porque el Estado se desprendió indebidamente de su patrimonio o porque dejó de cobrar lo que le correspondía; piénsese solamente en el caso donde un funcionario de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria se deja sobornar por un empresario a efectos de que realice una devolución dineraria ilegal ascendente a varios millones de dólares con la promesa de un reparto posterior del "botín"; hecho que efectivamente se consuma. A efectos de la aplicación de la regla especial de prescripción, el mandato normativo requiere únicamente que la acción ilícita se dirija "contra el patrimonio estatal", mas no que el tipo penal del delito perpetrado tenga como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado. En estos casos se observa pues, que pese a tratarse de delitos que no tienen, en primer orden, como bien jurídico el patrimonio, del contenido y configuración fáctica se puede extraer que efectivamente afectan *"directamente"* el patrimonio del Estado.

Finalmente, la regla especial será de aplicación a todos los delitos comunes cometidos por funcionarios públicos donde se evidencie que directamente se ha afectado el patrimonio del Estado, así por ejemplo, los casos de apropiación ilícita, hurto, estafa o daños perpetrados por un funcionario público contra el patrimonio del Estado que no se hallan bajo su competencia funcional.

14. De lo expuesto se desprende que la línea de interpretación propuesta llena los vacíos que deja una interpretación demasiado restrictiva (innecesariamente, pues el tenor del dispositivo legal admite una interpretación más amplia), pero también resguarda la legitimidad de la intervención estatal limitando esta intervención a casos donde efectivamente exista un ataque *directo* al patrimonio estatal. El criterio del *ataque directo al patrimonio del Estado* mantiene pues la relación normativa con el tenor de la norma pero también comprende la finalidad político-criminal del legislador de hacer frente a la impunidad.

V. Consideraciones finales

El estudio realizado muestra que la regulación de la prescripción en general y de la prescripción en los delitos contra la administración pública en particular presenta problemas. Es entendible la voluntad político-criminal del legislador de ampliar los plazos de prescripción, pues esta se sustenta en la voluntad de superar la impunidad que se observa frecuentemente cuando se trata de perseguir los actos delictivos de los funcionarios públicos. En la historia reciente de nuestro país, hemos observado casos que son ejemplos paradigmáticos de corrupción, pero que han devenido en impunes por prescripción.

Sin embargo, la decisión político-criminal plasmada en el art. 80 del CP queda corta. El problema de impunidad no solo radica en aquellos delitos que afectan el patrimonio del Estado. La alta dañosidad social de la criminalidad de funcionarios públicos, la cual socava las bases mismas del sistema democrático, es aquella que implica el uso y abuso de poder de la función pública. La afectación del Estado no viene únicamente de acciones que afecten directamente el patrimonio del Estado, sino de todos aquellos comportamientos cometidos por funcionarios públicos que afecten el correcto funcionamiento del Estado. La impunidad se presenta

en todos estos delitos, pues justamente dada la calidad de sus autores, su posición en el aparato estatal, sus conocimientos del funcionamiento del sistema de justicia, hacen que burlen fácilmente la acción de la justicia. La regla especial debe ser aplicada a toda esta criminalidad, es decir, a todos los delitos cometidos por funcionario público contra la administración pública con abuso de su condición de funcionario. Una futura reforma legal debe considerar estas observaciones.

Pero también técnicamente la regulación actual es deficiente. La norma ni siquiera logra establecer claramente cuál es el ámbito de aplicación de la regla especial de prescripción. El señalamiento de que esta se aplica a los delitos que afecten el patrimonio del Estado, como hemos visto, no constituye mayor avance, pues deja abierta la pregunta de cuáles son estos delitos. Aquí hemos ofrecido una propuesta de interpretación de *lege lata* que, entre tanto, debe servir de guía para los aplicadores del Derecho.

La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori*

I. Preliminares

1. Uno de los grandes aportes de la ciencia penal alemana al Derecho penal internacional es, con seguridad, la teoría de la autoría mediata por organización. Esta teoría, cuyo fundador es el profesor alemán *Claus Roxin*, ha posibilitado el juzgamiento, en la calidad de autores, de diversos dictadores en diferentes partes del mundo que valiéndose de aparatos de poder ordenaron la comisión de múltiples crímenes.

Esta teoría ha demostrado, una vez más, su utilidad práctica en el juzgamiento del exgobernante peruano Alberto Fujimori. El 7 de abril de 2009, la Corte Suprema del Perú condenó al expresidente Alberto Fujimori Fujimori como *autor mediato* de crímenes contra la humanidad por el asesinato y posterior desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta), por la muerte de diecisiete personas en una quinta del distrito limeño de Barrios Altos, y por el secuestro de un empresario y un periodista. Para fundamentar el tipo de participación criminal que desplegó el exmandatario peruano, la sentencia se basó en la *teoría de la autoría mediata por organización.*

2. La Sentencia contra Fujimori tiene un significado histórico para el Perú. Es importante no solamente porque es la primera vez que se procesa penalmente y condena a un exgobernante, sino porque consolida en la

---

* Publicado en: ZIS - Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 11/2009, Alemania 2009.

jurisprudencia peruana la teoría de la autoría mediata por organización como la figura dogmática más adecuada para juzgar crímenes de Estado. Pero además, con seguridad, la relevancia de esta sentencia trasciende nuestras fronteras y se constituye en una de las más importantes del Derecho penal internacional. En las líneas que siguientes se realiza un análisis de la sentencia, en especial de la fundamentación dogmática de la autoría mediata por organización hecha por la Corte Suprema peruana.

II. Origen, desarrollo y consolidación de la teoría de la autoría mediata por organización

3. La teoría de la autoría mediata por organización fue fundada por *Claus Roxin* en 1963. Sobre la base del criterio del dominio del hecho elaboró una tesis que permitiría imputar responsabilidad penal a título de autores a aquellos que sin ejecutar los hechos directamente se limitaban a dar las órdenes para su comisión. El problema que hasta entonces se presentaba era determinar cómo se podía hacer responsable al hombre de atrás por hechos que había realizado otra persona plenamente responsable. *Roxin*[1] propuso la siguiente solución: el "hombre de atrás" domina la voluntad del ejecutante si da una orden de ejecución del hecho punible a través de un aparato de poder. El autor no necesita aquí coaccionar o engañar al ejecutor, incluso ni siquiera conocerlo, pues el aparato de poder organizado garantiza por sí solo la ejecución del hecho punible, ya que en caso de incumplimiento de la orden por parte de un determinado ejecutante, hay siempre otro que lo reemplazará en la ejecución[2].

4. La teoría fue desarrollada y ampliada por *Roxin* en posteriores trabajos[3]. En la actualidad, según su opinión, para afirmar una autoría mediata en los casos objeto de estudio debe presentarse, en primer lugar, un *"poder de mando sobre la organización"*. Este dominio supone en el agente la capacidad de dar órdenes que deben cumplirse para el funcionamiento mismo de la organización, siendo indiferente el nivel jerárquico que ocupa el agente, ya que únicamente importa que domine la parte de organización a él sometida. En segundo lugar, la organización de la

---

1 *Roxin*, GA 1963, p. 193, 200; *el mismo*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8.ª ed., 2006, pp. 242, 243; *el mismo*, AT II, § 25, n. marg. 45, 46, 105.

2 *Roxin*, AT II, § 25, n. marg. 107.

3 Cfr. *Roxin*, FS-Schroeder, 2006, pp. 387 y ss.

cual se sirve el hombre de atrás debe encontrarse *"al margen del Derecho"*. Pertenecen a este tipo de organización los aparatos de poder estatales, organizaciones criminales comunes, como también organizaciones terroristas. En tercer lugar, en la organización en concreto debe existir la posibilidad de reemplazar al actor inmediato, es decir, debe concurrir la *fungibilidad* del ejecutor. El actor inmediato sería solamente una figura intercambiable, un "engranaje" reemplazable en la maquinaria del aparato de poder."[4] Finalmente, como cuarto elemento que ha sido desarrollado en sus últimos trabajos sobre el tema, *Roxin* considera que debe concurrir una *"alta disposición al hecho del ejecutor"*.[5]

En el panorama actual, la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización se ha impuesto en la doctrina y constituye opinión dominante no solo en Alemania[6], sino también en gran parte de los países de tradición romano-gemánica[7]. En el Derecho penal internacional[8] tampoco ha pasado desapercibida. Su influencia en este ámbito ha sido tal que, conforme lo pone de relieve *Satzger*[9], habría sido asumida expresamente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Por su parte *Ambos*[10] señala que el Derecho penal internacional reconoce una autoría mediata incluso si el ejecutor actúa con plena responsabilidad penal. Este reconocimiento expreso se deja ver en el Art. 25, apartado 3 a) del Estatuto de Roma, en los siguientes términos: *"De conformidad con el presente*

---

4 Cfr. *Roxin*, Täterschaft, pp. 224, 225.

5 *Roxin*, FS-Schroeder, 2006, pp. 387 y ss.

6 *Roxin* ofrece un informe detallado sobre estado de la discusión en la doctrina alemana, en: Täterschaft, pp. 704 y ss.

7 En el Perú son relevantes los trabajos de *Meini*, El dominio de la organización en el derecho penal, Lima 2008; *Montoya Vivanco*, en: Problemas fundamentales de la parte general del Código penal, Lima Friburgo 2009, p. 61 y ss. Para una detallada referencia de la doctrina nacional e internacional que sigue esta teoría véase mis trabajos en: La autoría mediata por organización, Lima 2009.

8 Cfr. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2.ª ed., 2008, § 7, n. marg. 23 y ss.; *el mismo*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung, 2002/2004, p. 568; *Kreß*, GA 2006, p. 307; *Radke*, GA 2006, p. 350. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2.ª ed., 2008, § 14, n. marg. 43; *Vest*, ZStW 113 (2001), p. 457; *Vogel*, ZStW 114 (2002), S. 427; *Werle*, Völkerstrafrecht, 2003, n. marg. 407.

9 *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2008, § 14, n. marg. 43, Fn. 89. *Satzger* hace referencia a la teoría del "autor detrás del autor" desarrollada por Roxin en GA 1963, 193 ff. en la que Roxin trata la autoría mediata por organización.

10 *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2008, § 7, n. marg. 25.

Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, ***sea este o no penalmente responsable****".*

III. La autoría mediata por organización en la jurisprudencia

5. La fuerza convincente de esta teoría también ha motivado su aceptación por parte de la jurisprudencia. En Alemania esta ha sido asumida por la Corte Suprema en su famosa sentencia[11] contra los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania en el caso de los disparos del muro y, desde aquel entonces, en otras sentencias de gran trascendencia. En nuestra región son importantes las resoluciones emitidas por los tribunales argentinos que juzgaron a la cúpula militar que gobernó ese país. También lo es la sentencia de extradición en el caso Fujimori emitida por la Corte Suprema de Chile que asume expresamente la autoría mediata por organización. En el plano internacional, un último pronunciamiento de relevancia que asume la teoría es la decisión[12] de confirmación de cargos de la Sala de Cuestiones Preliminares del Tribunal Penal Internacional en el caso Katanga[13].

6. En el Perú tenemos como antecedentes varias sentencias emitidas por Salas Superiores de Justicia y aquellas emitidas por la Corte Suprema. Como precedentes de importancia deben señalarse la sentencia en el caso "Fujimori y el falso fiscal" y la sentencia y ejecutoria suprema en el caso de Abimael Guzmán, líder de la organización terrorista Sendero Luminoso. En estas resoluciones se observa que la Corte Suprema del Perú ya había asumido antes la teoría de la autoría mediata por organización como una doctrina válida para nuestros tribunales.

---

11 BGHSt. 40, 218 que se remonta al 26 de julio de 1994.

12 Decisión N.º ICC 01/04 - 01/07 del 30 de septiembre de 2008 que resuelve la confirmación de cargos en el proceso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui (ver: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf).

13 Sobre la discusión internacional ver el trabajo de *Ambos* en: System Criminality in International Law, CUP 2009, pp. 127-157, en especial p. 142 y ss.; *Jessberger/Geneuss*, Journal of International Criminal Justice No. 6, (2008), pp. 853-869, en especial p. 859 y ss.

En la primera sentencia, el alto tribunal peruano juzgó el comportamiento delictivo del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, quien había ordenado a un subordinado usurpar la función fiscal y de este modo allanar ilícitamente un domicilio. Al valorar el caso[14], la Corte Suprema discutió si correspondía calificar el comportamiento del expresidente como autoría mediata por dominio de organización o como inducción. Para ello asumió y delineó los requisitos de concurrencia de la forma de autoría mediata por dominio de organización, estableciendo que eran requisitos de concurrencia "la efectividad de una *'organización estructurada jerárquicamente'* donde exista un conjunto de piezas o *instrumentos (intercambiables o fungibles)*, que cumplen una función determinada, constituidas para acatar o ejecutar las órdenes de las personas con poder para impartirlas"[15]. Sin embargo, pese a presentarse los presupuestos de esta forma de autoría, la Corte decidió sancionar el comportamiento del expresidente únicamente como inducción al delito de usurpación de funciones[16]. Pese a ello, esta sentencia es de importancia para la jurisprudencia peruana, pues es la primera vez que la Corte Suprema asume como válida para la jurisprudencia peruana, la teoría de la autoría mediata por organización, pese a no aplicarla en el caso concreto.

En el segundo caso, al cual se ha hecho referencia párrafos arriba, la Corte Suprema[17] del Perú vuelve a asumir, desarrollar, fundamentar y, esta vez sí a *aplicar* por primera vez la doctrina de la autoría mediata por organización. En este caso, se juzgó las acciones terroristas realizadas por el líder de la organización denominada "Sendero Luminoso", Abimael Guzmán Reynoso. A este líder terrorista se le imputaba haber ordenado el asesinato de diversas personas, siendo el más conocido el asesinato de los pobladores de Lucanamarca, un distrito en los andes peruanos. Los ejecutores directos eran miembros de dicha organización y forma-

14 Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2007, Exp. N.º 13-03.

15 Sentencia en el Exp. N.º 13-03, pp. 74, 75.

16 La Fiscalía Suprema, por el contrario, sostuvo que el expresidente era responsable como "*autor*" mediato del delito de usurpación de funciones. Cfr. Dictamen N.º 1545-2007-MP-FN-FSCA de fecha 12 de noviembre de 2007. La decisión de la Corte Suprema, que confirma la sentencia, afirma igualmente la responsabilidad de Fujimori Fujimori como inductor, indicando que se trata de un "autor moral", cfr. Ejecutoria 17-2008 de fecha 10 de abril de 2008, Exp. AV-13-03, p. 15.

17 Ejecutoria RN. N.º 5385-2006 de fecha 14 de diciembre de 2007.

ban parte de su brazo armado. En sus consideraciones, la Corte asume expresamente la teoría de la autoría mediata por organización y declara la responsabilidad penal de Abimael Guzmán Reynoso como *autor mediato*, argumentando que como miembro del comité central habría dado la orden de dar muerte a los sesenta y nueve comuneros de Lucanamarca, los que habrían sido ejecutados por los miembros del comité Regional Cangallo-Fajardo de dicha organización, subrayando que "los que dieron las órdenes resultan ser autores mediatos y los ejecutores los autores directos"[18]. El tribunal asume expresamente la doctrina de la autoría mediata por dominio de organización en los términos que fue fundamentada y desarrollada por Claus *Roxin*. Conforme a ello, se indica "tres son los requisitos para que se configure el domino de la voluntad en virtud de aparatos organizados: a) organización con estructura jerarquizada rígida, b) fungibilidad de los ejecutores inmediatos y c) apartamiento del ordenamiento jurídico. El análisis de lo actuado, en opinión mayoritaria de este colegiado, permite concluir que en el presente caso se tiene configuradas las condiciones antes reseñadas, y por lo tanto, los protagonistas de los hechos deben responder a título de autores mediatos"[19].

Finalmente, la actual sentencia contra Fujimori por haber ordenado el asesinato y desaparición forzada de diversas personas consolida en la ciencia y la jurisprudencia nacional e internacional la teoría de la autoría mediata por organización como la más adecuada estructura dogmática para juzgar crímenes cometidos desde y mediante aparatos organizados de poder.

IV. La concepción de la Corte Suprema del Perú sobre la autoría mediata por organización

7. La sentencia de la Corte Suprema que ha encontrado responsable a Fujimori por crímenes de lesa humanidad se ha basado en la teoría de la autoría mediata por organización. La particular fundamentación es expuesta en el parágrafo tercero del capítulo segundo de la tercera parte

[18] Ejecutoria RN. N.º 5385-2006, p. 35. La resolución contiene un voto a favor de la coautoría sustentado por el magistrado supremo Javier Villa Stein, pp. 151 y ss.

[19] Ejecutoria RN. N.º 5385-2006, pp. 36, 37.

de la sentencia referida a los fundamentos jurídicos penales[20]. En el indicado parágrafo titulado "la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados" la sentencia –en clara asunción de las tesis del profesor *Claus Roxin* – presenta la siguiente fundamentación: la autoría mediata por organización tendría como soporte fundamental la "existencia previa de una organización estructurada", vertical y jerarquizada. Esta debe poseer "una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional"[21].

Según la Corte, dos serían las características de esta organización. La primera característica sería la *"asignación de roles"*[22] que designaría la "relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones". La segunda característica sería el "*desarrollo de una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes*"[23]; cuyo fundamento "no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el *"mecanismo funcional del aparato"*, esto es, su "*automatismo*" o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí solo." Producto de esto, "el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se va a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato", este *"funcionamiento automático del aparato"* sería aquello que "realmente garantice el cumplimiento de la orden"[24].

8. Para la sentencia, la autoría mediata por organización requiere de la presencia de "presupuestos y requisitos funcionales". Estos serían *i)* el poder de mando; *ii)* la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; *iii)* la fungibilidad del ejecutor inmediato; y *iv)* la elevada disposición del ejecutor hacia el hecho. La Corte clasifica a su vez estos requisitos en dos niveles, un *nivel objetivo* y *un nivel subjetivo.* El

---

20 Sentencia de fecha 7 de abril de 2009, §§ 723 y ss. (en adelante la "Sentencia").

21 Sentencia, § 726.

22 Sentencia, § 726.

23 Sentencia, § 726.

24 Sentencia, § 726.

primero comprendería al "poder de mando" y "la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder". El poder de mando "resulta trascendental para materializar el dominio de la organización", mientras que la desvinculación del derecho "le dará mayor solidez a este dominio". Basada en estas características, la sentencia califica a ambos como "el soporte básico que permitirá al nivel estratégico superior (autor mediato) edificar y consolidar su dominio sobre la totalidad de la estructura criminal"[25]. Por otra parte, el *nivel subjetivo* comprende a "la fungibilidad del ejecutor directo" y su "elevada disponibilidad hacia la realización del hecho". Estos elementos permitirían inferir "que la actuación del ejecutor directo dependerá finalmente de su propia voluntad a la realización del hecho. En cambio, la no ejecución por este del evento criminal, conllevará a su *fungibilidad* o sustitución por otra persona interpuesta que tenga una mayor *predisposición a la realización del hecho típico*"[26].

V. Consideraciones sobre la fundamentación de la autoría mediata por organización realizada en la sentencia

9. La asunción de la teoría de la autoría mediata por organización hecha por la Corte Suprema es un paso importante en el desarrollo de nuestra doctrina jurisprudencial y consolida esta forma de autoría en nuestro medio. Pese a este importante paso en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre esta figura dogmática, la fundamentación realizada no está exenta de algunas apreciaciones críticas.

Sobre la admisión del "poder de mando" y el "apartamiento del derecho" como presupuestos de la autoría mediata por organización –que la sentencia califica de "soporte básico"[27]– no queda sino saludar la sentencia. Esta constituye pues el camino correcto en la fundamentación. Es más, debe subrayarse que justamente en el desarrollo y fundamentación de estos dos presupuestos radica la contribución más importante de la sentencia. Allí se indica de modo correcto, siguiendo la doctrina más moderna, que el dominio que el hombre de atrás ejerce en la materializa-

25 Sentencia, § 728.

26 Sentencia, § 728.

27 Sentencia, § 728.

ción del resultado criminal radica en el poder de mando que tiene sobre la organización la que se encuentra al margen del derecho.

10. La sentencia señala que el primer elemento ("objetivo") *"poder de mando"* es condición fundamental, para imputar autoría mediata en el marco de un aparato de poder organizado[28]. Esto es correcto. La sentencia[29] profundiza y afirma que el poder de mando es "la capacidad del nivel estratégico superior –del hombre de atrás– de impartir órdenes o asignar roles a aquella parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar. El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando *órdenes*, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato, es decir, sin que sea necesario que quien ordena deba además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores".

Se afirma correctamente que el poder de mando constituye un elemento objetivo. Esto es evidente y no precisa mayor argumentación. La asunción del elemento "poder de mando" como *"presupuesto"* del dominio por organización es también correcta, pues el poder de mando es el elemento fundamental que fundamenta la autoría mediata por organización. Con este elemento se revela pues lo que en trabajos anteriores he denominado de un lado[30] como el dominio concreto sobre la organización y, de otro lado, he señalado que "el elemento fundamental de la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización lo constituye el dominio sobre la organización"[31]. El poder de mando es sin duda el elemento que expresa de manera fáctica este dominio.

11. El segundo elemento ("objetivo") fundamentador de la autoría mediata por organización mencionado en la sentencia es el "apartamien-

---

28 Sentencia, § 729.

29 Sentencia, § 729.

30 JuS Jurisprudencia, febrero 2008, p. 164.

31 JuS Doctrina & Práctica, diciembre 2007, p. 45.

to del Derecho"[32]. Al respecto, acierta la sentencia cuando afirma que este elemento se trata de un *"presupuesto"*. Igualmente, la inclusión de este elemento en un nivel objetivo no merece objeción alguna. Se debe resaltar como positivo el desarrollo que sobre este elemento realiza la sentencia. La sentencia indica que "la admisión de la autoría mediata del nivel estratégico superior quedará condicionada a que las órdenes de este estamento sean dictadas en el marco de una organización que opera al margen del ordenamiento jurídico del *"Estado de Derecho"*. [33] Luego refiere, "la *desvinculación del ordenamiento jurídico* en la criminalidad estatal puede darse de dos maneras. Primero, cuando el nivel superior estratégico del Estado decide apartarse por completo del Derecho y crear un *sistema normativo totalmente diferente* que no es reconocido ni aceptado por el Derecho internacional, en tanto expresa o encubre la comisión de delitos graves. Segundo, cuando el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico; inicialmente solo para la realización de determinados hechos punibles, pero luego, con actos sistemáticos cada vez más frecuentes, así como a través de acciones tendientes a anular, desnaturalizar o sustituir distorsionadamente los diferentes ámbitos y competencias que configuran los estamentos oficiales, legales y de control del Estado. Esta modalidad resulta ser la más grave porque se cubre de una aparente legitimidad; sin embargo, subrepticiamente intenta crear un *sistema normativo alterno* al legalmente vigente, aprovechando, justamente, sus formas y estructuras para la comisión de delitos graves"[34]. La sentencia indica pues que el caso evaluado (el de Alberto Fujimori) se trataría de un gobierno de facto por razón de su ejercicio, es decir, de "aquellos que fueron instituidos con las formalidades estipuladas en la

---

32 Crítico con este criterio *Ambos*, La parte general del derecho penal internacional, Montevideo Uruguay 2005, p. 234 y ss. En la p. 234, se puede leer: "(...) el criterio de la desvinculación del derecho, tal como fue entendido originalmente por Roxin, esto es, en el sentido de un aparto organizado de poder que está fuera del ordenamiento jurídico, es superfluo para la fundamentación del dominio por organización"; en la p. 239: "(...) considero que en nuestro contexto el criterio de la desvinculación del derecho sigue siendo prescindible." También *Meini*, El dominio de la organización en el derecho penal, Lima 2008, pp. 47 y ss., en especial en p. 61: "el criterio de la desvinculación del ordenamiento jurídico carece de importancia como elemento del dominio de la organización".

33 Sentencia, § 735.

34 Sentencia, § 735.

Constitución, pero que luego se van expresando, manifestando y conduciendo fuera de ella o contra lo previsto por ella"[35].

En este marco conceptual, se identifica al "Derecho" como "un sistema u ordenamiento jurídico representado por un *conjunto coordinado de normas generales y positivas que regulan la vida social.* El Estado, como comunidad, define un orden normativo. Este orden normativo solo puede ser un orden jurídico, aquel que comúnmente se relaciona como el *"Derecho del Estado"* o el *"Derecho nacional"*. Sin embargo, este Derecho nacional se encuentra estrechamente vinculado e integrado con el Derecho internacional constituyendo una unidad. Por tanto, el Derecho internacional forma parte del orden jurídico nacional en tanto que las normas producidas en el contexto internacional se incorporan al Derecho del Estado nacional. En consecuencia, el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional"[36]. Apoyándose en *Roxin*, la sentencia[37] indica que el apartamiento del Derecho se presenta "no solo en delitos cometidos por órganos del Estado o aparatos del poder estatal, sino también sería aplicable a los casos de *"criminalidad organizada no estatal"* y en muchas *"formas de aparición del terrorismo"*. Únicamente se debería excluir a los casos de criminalidad empresarial".

12. De otro lado, en la fundamentación que la Corte Suprema hace de la autoría mediata por organización aplicada en su sentencia, se afirma la existencia de un *"nivel subjetivo"* el cual incluye a la *fungibilidad* y a *la elevada disposición al hecho del ejecutor.* Según la sentencia, la *fungibilidad* constituye un presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados[38]. Se menciona que la fungibilidad ha sido "entendida, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso"[39].

---

35 Sentencia, § 736.

36 Sentencia, § 733.

37 Sentencia, § 734.

38 Sentencia, § 737.

39 Sentencia, § 737.

Lo que inmediatamente salta a la vista es que el elemento "fungibilidad" no constituye en realidad un elemento subjetivo, sino que por el contrario se trata de un presupuesto objetivo. La fungibilidad no es un elemento interno, un estado de la mente humana o de la psiquis del hombre, como lo podrían ser el dolo o algunas formas de tendencias internas criminales ("*animus*"). La fungibilidad es reemplazabilidad, posibilidad de cambio de ejecutores. Según la teoría, fungibles serán los ejecutores directos del crimen, pues en caso no cumplan las órdenes criminales existirán otros ejecutores que los reemplazarían en la ejecución. Esta reemplazabilidad tiene carácter objetivo, pues en el caso concreto los ejecutores existen o no existen; esto no depende de la mente humana.

Otro aspecto que debe ser apreciado críticamente es que la sentencia admite erróneamente a la fungibilidad como *"presupuesto"* de la autoría mediata por organización, es decir, le asigna una función fundante de la autoría mediata, lo que implicaría, a su vez, que su ausencia provocará que no se configure esta forma de autoría, es decir, si en el caso concreto se comprueba que los ejecutores no eran remplazables, entonces no se configurará una autoría mediata. Con todo, esta postura de la sentencia debe ser criticada, pues la jurisprudencia internacional nos muestra que existen constelaciones de crímenes mediante aparatos de poder donde no hubo fungibilidad, como los casos de organizaciones criminales donde los ejecutores son sujetos con conocimientos especiales que no son susceptibles de ser reemplazados fácilmente. Sin embargo, como ya lo indiqué en anteriores trabajos[40], esta característica no debe llevar a negar la autoría de quienes dan las órdenes desde las altas esferas de poder. La fungibilidad es una *característica* de la autoría mediata por organización pero no es un presupuesto de ella, es decir, no es un elemento fundante. ¡La fungibilidad acompaña –por lo general– a esta forma de autoría pero no la fundamenta!

13. La sentencia menciona finalmente a la "elevada disposición al hecho" como el cuarto presupuesto de la autoría mediata por organización. Este elemento tendría igualmente, carácter subjetivo. Según la sentencia, el hombre de atrás tendría el dominio del evento criminal, es decir, que estaría seguro de que sus órdenes se van a cumplir porque los ejecutores

[40] JuS Doctrina & Práctica, 12/2007, pp. 45, 46 y en el pie de página 42; JuS Jurisprudencia, 2/2008, p. 165, 166 y en el pie de página 34.

directos de los crímenes serían personas que están predispuestas a cometer el hecho criminal. Es decir, los ejecutores directos serían personas con una cierta tendencia a la comisión de crímenes.

Se puede observar, al igual que en el caso de la fungibilidad, que el Tribunal atribuye a este elemento el carácter de presupuesto de la autoría mediata por organización. La asignación de este carácter significa que la ausencia de este elemento en el caso concreto llevaría a negar la autoría mediata por organización. Esta postura también debe ser criticada. Es posible pues la existencia de casos donde esta "disposición al hecho criminal" del ejecutor no se presenta y pese a ello se puede observar un dominio real del hombre de atrás. Piénsese únicamente en los casos de los crímenes del nacional-socialismo en Alemania, donde seguramente muchos de los soldados alemanes no estaban de acuerdo con las políticas criminales implementatadas por el Estado totalitario, que no tenían "una elevada disposición al hecho criminal" de asesinar seres humanos en masa; y que, sin embargo, habrían cumplido las órdenes criminales, para no ser objeto de represalias, o para seguir ascendiendo en su carrera política o militar, o simplemente para congraciarse con "los de arriba".

El dominio del evento criminal por parte de quienes se encuentran en la cúspide del aparato de poder, los jerarcas o jefes, no depende pues en absoluto de la "alta disposición al hecho" de los ejecutores directos. El éxito del plan criminal radica más bien – como ya lo referí en mis trabajos anteriores[41] – en el dominio que el hombre de atrás ejerce sobre la organización, pues solo así el éxito está asegurado independientemente de la existencia o inexistencia de la disposición al hecho de los ejecutores. Normalmente esta característica acompaña a esta forma de autoría[42], pero no es un elemento fundamentador, no es pues un presupuesto de esta forma de autoría. Su ausencia, por sí misma, no elimina el dominio del hecho que ejercen los hombres de atrás.

---

41 JuS Doctrina & Práctica, 12/2007, pp. 45; JuS Jurisprudencia, 2/2008, p. 165.

42 Visto más detenidamente, este criterio acompaña incluso a gran parte de la autoría en general, es decir, no está limitada a la autoría mediata por organización.

VI. La fundamentación de la autoría mediata por organización – Concepción personal

14. La concepción que venimos defendiendo desde hace varios años en diversos trabajos[43] y que ahora es actualizada y desarrollada, afirma que autor mediato por dominio de organización es quien valiéndose de una organización (aparato de poder organizado) sobre la cual tiene dominio, ordena la comisión de delitos. El dominio sobre la organización le otorga al hombre de atrás un dominio sobre la producción del resultado que materialmente es realizado por un órgano de ejecución del aparato organizado: el ejecutor inmediato. Desde nuestro punto de vista, la autoría mediata en virtud de dominio por organización se fundamenta en el *dominio sobre la organización*. La estructura organizacional y funcional del aparato debe estar conformada de modo tal que las órdenes de los "jefes supremos", "líderes" o "mandos", sean ejecutadas "automáticamente". La estructura jerárquicamente organizada permite la automaticidad en el cumplimiento de las órdenes. Elementos fundamentales de esta forma de dominio son el *poder de mando* que tiene el hombre de atrás sobre la organización y el *apartamiento del derecho* de la organización. Poder de mando y apartamiento del derecho materializan pues el dominio que se tiene sobre la organización. Poder de mando sobre y dentro de la organización es el criterio rector; y el apartamiento del derecho es el elemento fundamental que contribuye al dominio sobre la organización, pues solo dentro de organizaciones que están apartadas del derecho, las órdenes ilícitas se cumplen "automáticamente". Ello debido a que una organización que actúa ilegalmente tiene procesos de funcionamiento propios que se distancian de un funcionamiento "normal" y que posibilitan, de esta manera, el cumplimiento de sus objetivos[44]. Estos elementos son los que posibilitan el dominio del logro del resultado típico, ambos son pues "presupuestos" del dominio por organización y fundamentan por lo tanto la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

---

43 Cfr. mis trabajos publicados en JuS Doctrina & Práctica, Lima, 12/2007, p. 37 y ss.; en Actualidad Jurídica, Lima, diciembre 2007, t. 169, p. 113 y ss.; y en JuS Jurisprudencia, Lima, 2/2008, p. 145 y ss.; y en: Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal, Lima Friburgo 2009, p. 43 y ss. Una compilación se ofrece en: Autoría mediata por organización, Lima 2009.

44 Este elemento permitiría a su vez, limitar el ámbito de aplicación de la teoría y de este modo evitar el peligro de su posible degeneración, garantizando así su legitimidad.

15. En este tipo de criminalidad por medio de aparatos de poder, la *fungibilidad* (reemplazabilidad) de los órganos de ejecución de la organización, es decir, la posibilidad de sustituir al ejecutor y la *elevada disposición al hecho* del ejecutor, son solo *características* que normalmente acompañan a este tipo de dominio, no lo fundamentan, es decir, su ausencia en el caso concreto no impedirá el dominio del evento criminal por parte de los jefes de los aparatos de poder. La *fungibilidad* de los ejecutores concurre normalmente en este tipo de criminalidad, pues estos brazos ejecutores constituyen simples piezas en la maquinaria que es la organización. El significado del ejecutor para la organización no es determinante, es simplemente un órgano ejecutor de las "importantes" decisiones de los altos mandos. En esta criminalidad se puede apreciar –no pocas veces– que estos no resultan fácilmente reemplazables en el caso concreto. Sin embargo, este dato no elimina el dominio que ha ejercido el hombre de atrás sobre el evento criminal. Igualmente, se puede observar con frecuencia la disposición al hecho del ejecutor, más aún en organizaciones terroristas donde el factor ideológico juega un papel importante. Sin embargo, si en el caso concreto se constata que no hubo disposición al hecho por parte del ejecutor y pese a ello realiza el evento criminal, este hecho no eliminará el dominio que tuvo el hombre de atrás.

VII. Síntesis

La sentencia de la Corte Suprema del Perú en el caso Fujimori consolida la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia nacional e internacional, confirmando así que la autoría mediata por organización es la estructura dogmática más adecuada para juzgar crímenes cometidos desde y a través de aparatos organizados de poder. Sin embargo, no se puede afirmar que este desarrollo haya concluido, sino por el contrario este está aún abierto. Buena muestra de ello son los esfuerzos de la doctrina nacional e internacional en concretar los principios expuestos.

El autor detrás del autor*

I. Preliminares

En la literatura especializada, se observa con frecuencia el empleo del término "autor detrás del autor" para hacer referencia a la "autoría mediata por dominio de organización". Sin embargo, bajo esta figura se abarca una problemática mucho más amplia, de mayor trascendencia y que abarca variadas constelaciones de casos. El problema dogmático radica en la pregunta de si es posible admitir una autoría mediata de quien para la comisión del delito se sirve de otro que también actúa puniblemente como autor; es decir, cuya conducta es típica, antijurídica y culpable. Si bien la doctrina dominante ha respondido de manera afirmativa a esta pregunta, la respuesta no ha sido siempre unísona.

En las páginas que siguen, como una contribución a la doctrina de la autoría, se presenta un estudio de la figura dogmática "autor detrás del autor" en la que se fundamenta y defiende su legitimidad y su compatibilidad con el ordenamiento jurídico peruano.

II. Desarrollo y estado actual

En lo fundamental, la figura del "autor detrás del autor"[1] afirma la posibilidad dogmática de sancionar como autor (mediato) al hombre de

---

* Publicado en: Anuario de Derecho Penal (2009), volumen correspondiente a la reimpresión de la edición del 2003: Aspectos fundamentales de la Parte general del Código Penal Peruano.

1 La denominación de "autor detrás del autor" dada a esta figura dogmática se debe al jurista alemán *Richard Lange*, cfr. *Kohlrausch/Lange*, 1950, § 47, I B 1.

atrás, pese a que el ejecutor inmediato es plenamente responsable por sí mismo como autor. La figura es una materialización de la estructura dogmática de una "autoría mediata" detrás de una "autoría inmediata". Dentro de las constelaciones de casos que presentan esta estructura, en la literatura y en la jurisprudencia destacan los siguientes: la autoría mediata de quien se vale para su fin criminal de un ejecutor inmediato que actúa bajo error de prohibición vencible; la autoría mediata mediante engaño sobre la identidad de la víctima; la autoría mediata mediante engaño sobre la medida del injusto; la autoría mediata mediante ejecutor con capacidad de culpabilidad reducida y la autoría mediata por dominio de organización.

La discusión sobre la posibilidad de una autoría mediata detrás de un ejecutor inmediato plenamente responsable, es de larga data. En un inicio, si bien el sentido intuitivo llevaba a afirmar la autoría del hombre de atrás; sin embargo, se carecía de una fundamentación dogmática. Las primeras reflexiones sobre esta problemática vienen de la doctrina alemana. Así, la antigua teoría formal negativa, que admitía una autoría mediata siempre y cuando el ejecutor directo no sea autor, declaraba –ya por definición– la imposibilidad de la figura del autor detrás del autor. Contrariamente a esta concepción, la teoría subjetiva interna admitía la posibilidad de la figura e, incluso, la consideraba como una consecuencia necesaria, puesto que el hombre de atrás casi siempre evidencia un *animus auctoris*[2]. Igualmente, la teoría subjetiva tradicional, si bien no consideraba como consecuencia necesaria de sus postulados la admisión de la figura, sí la admitía en algunos casos, sobre todo cuando el hombre de atrás consideraba erróneamente ser autor del hecho delictivo[3]. La posibilidad de la autoría mediata mediante ejecutor inmediato plenamente responsable, ha sido defendida, igualmente, con fundamentos objetivos, principalmente por los defensores de las teorías objetivas de la participación. En esta línea se enmarcan las obras de Claus Roxin[4] y Friedrich-Christian Schroeder[5] quienes, por primera vez, desarrollaron

---

2 Cfr. *Binding*, 1911, p. 13.

3 *Baumann*, 1960, p. 444. Esta concepción es defendida por *Baumann* hasta hoy, cfr. *Baumann/Weber/Mitsch*, 2003, § 29, n. marg. 148 y ss.

4 *Roxin*, 1963.

5 *Schroeder*, 1965.

y fundamentaron a profundidad la estructura dogmática del autor detrás del autor. Sus decisivas contribuciones a esta doctrina han promovido, en la ciencia, la renovación de la discusión. Asimismo, su influencia se ha visto reflejada en la jurisprudencia que la ha asumido expresamente como una figura posible, factible y de gran utilidad.

En la actualidad, la figura se ha impuesto en la discusión científica. La doctrina mayoritaria defiende la posibilidad de una autoría mediata de quien actúa detrás de una persona que también responde como autor[6]. La discusión actual en este sector radica más bien, en establecer el ámbito de aplicación y sus límites. Pese a todo, aún existen voces discrepantes que niegan la posibilidad de una autoría mediata en estos casos[7], calificando el comportamiento del hombre de atrás únicamente como instigación (inducción) o coautoría. Sin embargo, dentro de este sector pocos son consecuentes con sus posturas, pues terminan admitiendo la figura "excepcionalmente".

III. Fundamentación de la estructura dogmática "autor detrás del autor"

La figura del "autor detrás del autor" no se fundamenta en la pura decisión de sancionar como autor al hombre de atrás, porque según el sentimiento justicia este último aparecería como la figura central del evento delictivo. Por el contrario, la sanción del hombre de atrás como autor mediato tiene, más bien, una explicación dogmática; es decir, la sanción se desprende de las reglas jurídicas contenidas en el ordenamiento jurídico penal. En lo que sigue, planteo mi concepción, fundamento la estructura dogmática del autor detrás del autor y critico las opiniones que cuestionan la figura. Según el orden metodológico trazado, se seguirán dos etapas: en primer lugar, determinar cuál es el criterio que debe guiar la distinción entre autoría (mediata) y participación (en especial la

---

6 Cfr. *Roxin*, 2006, p. 244; *el mismo*, AT II, § 25, n. marg. 105 y ss.; *Schroeder*, 1965, pp. 119 y ss.; LK-*Schünemann*, 2007, § 25, n. marg. 65 y ss; *Bloy*, 1996, pp. 440, 441; *Ingelfinger*, 1992, p. 183; *Kreß*, 2006, p. 205; *Kühl*, 2005, § 20, n. marg. 73 y s.; *Küpper*, 1998, p. 523; *Lampe*, 1994, p. 743; *Satzger*, 2008, § 14, n. marg. 43; *Schild*, 1994, p. 10; *Wessels/Beulke*, 2007, § 13, n. marg. 541; *Schmidhäuser*, 1975, 14/19; Sch/Sch/ *Cramer-Heine*, 2006, § 25, n. marg. 23, entre otros.

7 Cfr. *Baumann/Weber/Mitsch*, 2003, § 29, n. marg. 146 y s.; *Jakobs*, 1991, 21/113; *Jescheck/Weigend*, 1996, p. 669; *Otto*, 2004, § 21, n. marg. 92; *Spendel*, 2002, p. 608.

instigación) y, en segundo lugar, una vez fijado el criterio, evaluar si este presentaría algún tipo de obstáculo dogmático en el tratamiento de la responsabilidad del hombre de atrás, en los casos en los que el ejecutor también es responsable.

Sobre los criterios de distinción entre autoría y participación se ha discutido ampliamente en la doctrina, siendo hoy aceptado pacíficamente el criterio del *dominio del hecho* para la mayoría de los delitos[8]. La vigencia de este criterio se ha extendido a casi toda la doctrina penal influenciada por el pensamiento penal alemán. Este criterio está igualmente vigente en la doctrina y jurisprudencia peruanas[9]. Para la mayoría de los delitos; es decir, para los "delitos de dominio" –"delitos comunes" según la doctrina tradicional– autor es quien posee el dominio de los sucesos delictivos y partícipe, quien careciendo de dicho dominio, interviene en los hechos con contribuciones secundarias, ya sea instigando o ayudando. El criterio del dominio rige igualmente para la autoría inmediata, como para la autoría mediata y para la coautoría. Ahora bien, dado que la figura del autor detrás del autor relaciona al hombre de atrás con el ejecutor, se debe esclarecer si el criterio sostenido sufre aquí alguna restricción. Según el Código Penal peruano, la autoría mediata supone la realización del hecho punible "por medio de otro" (art. 23 del CP). En aplicación del criterio del dominio del hecho, esto significa que el hombre de atrás tiene el dominio del evento criminal por medio de otro, sirviendo el hombre de delante (ejecutor) como instrumento[10] para los fines criminales del hombre de atrás. Ello es así, independientemente de las características que presente el ejecutor, pues la calidad de instrumento del ejecutor no significa que el hombre de delante necesariamente deba presentar algún "déficit de punibilidad"; o que, en general, deba ser un sujeto no responsable; o que deba carecer de dominio. Los supuestos de

8 Cfr. *Roxin*, 2006, p. 34 y ss., para el desarrollo histórico-dogmático de la discusión.

9 Sobre el estado actual de la discusión en la doctrina nacional cfr. *Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga*, 2011, n. marg. 2234 y ss., quien admite que "el dominio del hecho es el criterio que, no obstante sus deficiencias, mejor permite definir al autor del acto y distinguir los casos de participación en sentido estricto". Cfr. adicionalmente *Villa Stein*, 2008, pp. 312 - 316; *Villavicencio Terreros*, 2009, n. marg. 1020 y ss.

10 *Mitsch*, 2007, p. 353; *Stratenwerth/ Kühlen*, 2004, 2004, § 12, n. marg. 30; *Wessels/Beulke*, 2007, § 13, n. marg. 535; *Kühl*, 2005, § 20, n. marg. 38; LK-*Schünemann*, 2007, § 25, n. marg. 69, 70; *Fischer*, 2008, § 25, n. marg. 4, 5.

dominio del acontecimiento criminal por medio de otro se dan cuando el hombre de atrás utiliza a un ejecutor que se encuentra bajo error, bajo coacción, sea cuando el hombre de atrás ordena la comisión del hecho punible a través de un aparato de poder bajo su dominio[11].

Estando a que el criterio que debe orientar la delimitación es el de "dominio" y consecuentes con el criterio asumido, si se advierte el dominio del hecho en el hombre de atrás se debe afirmar su autoría (mediata), independiente de si el ejecutor tiene también el dominio o carece de él. Los casos en los que el hombre de atrás posee el dominio del hecho y el ejecutor también posee un dominio, se enmarcan en el supuesto del autor detrás del autor. De este razonamiento, se desprende que el núcleo de la autoría mediata *radica en el hombre de atrás*, en el dominio que este posee sobre la realización del evento criminal. La admisión de la autoría mediata *no debe ser buscada en el ejecutor inmediato,* en sus características. En suma, para la autoría (mediata) del hombre de atrás no es de relevancia decisiva si el ejecutor presenta o no un "déficit de punibilidad", de "autonomía", de "responsabilidad" o, incluso, de "dominio". Lo que es decisivo es el rol central que el hombre de atrás posee, su poder de configuración; es decir, el dominio del hecho.

Fundamentada así la autoría mediata, se debe admitir la figura dogmática del "autor detrás del autor" cuando se verifique un dominio de los hechos por parte del hombre de atrás, pese a que el hombre de delante tenga también un dominio directo de los hechos. Esto sucede, por ejemplo, en los casos de autoría mediata mediante ejecutor que actúa bajo error de prohibición vencible, mediante engaño sobre la identidad de la víctima o, de la ya famosa, por dominio de organización.

En el primer caso, quien se sirve para sus fines criminales de un ejecutor que se encuentra bajo un error de prohibición vencible, tiene el dominio del acontecimiento criminal, por lo tanto, es autor mediato del mismo[12]. El hecho de que el ejecutor sea (también) responsable penal-

---

11 *Bloy*, 1996, pp. 440, 441; *Ingelfinger*, 1992, p. 183; *Kreß*, 2006, p. 205; *Kühl*, 2005, § 20, n. marg. 73 y s.; *Küpper*, 1998, p. 523; *Lampe*, 1994, p. 743; *Roxin*, 2006, p. 242; *Satzger*, 2008, § 14, n. marg. 43; *Schild*, 1994, p. 10; LK-*Schünemann*, 2007, § 25, n. marg. 122; *Wessels/Beulke*, 2007, § 13, n. marg. 541.

12 En esta dirección también *Puppe*, 2004, pp. 231, 241; *Baumann/Weber/Mitsch*, 2003, § 29, n. marg. 139.

mente como autor inmediato por su comportamiento, no impide que el hombre de atrás tenga igualmente domino de los hechos. Si A, que quiere matar a C por una venganza personal, le dice a B que mate a C, pues este es un ser que tendría intenciones de exterminar a la humanidad, y B, creyendolo ciegamente, mata a C, entonces A es autor mediato, pues mediante el engaño ha aprovechado el error de prohibición (vencible) del ejecutor y ha logrado su fin criminal. "A" ha dominado el evento criminal mediante el "instrumento" que actuó bajo error. El hecho de que el ejecutor sea también responsable como autor inmediato del homicidio, no elimina el dominio que tuvo el hombre de atrás; por lo tanto, A es pues autor mediato de los hechos.

La estructura de la autoría mediata es similar en el segundo caso. Por ejemplo, A, que quiere matar a C por venganza personal, se entera que B está decidido a matar a D, a quien esperará en una determinada calle para allí dispararle. A engaña a B indicándole que la persona que está en la calle es D, aunque en realidad se trata de C. Finalmente B dispara a C. Sobre la responsabilidad de B como autor de la muerte de C no existe mayor problema, pues es evidente que el *error in persona* no libera a B de su calidad de autor inmediato[13]. El comportamiento de A debe ser calificado igualmente como autoría mediata[14], pues él ha logrado su objetivo criminal mediante el ejecutor. El hombre de atrás tuvo el dominio del evento criminal, pues se sirvió como "medio" de una persona que se hallaba bajo error. El hecho de que el ejecutor sea responsable como autor no hace desaparecer el domino que el hombre de atrás tuvo sobre los hechos. Aquí no se presenta una instigación (inducción) por parte de A, pues este no ha convencido al ejecutor de realizar el hecho punible, sino que el ejecutor ya estaba convencido. Tampoco cabe afirmar complicidad, pues A no prestó ayuda a B, sino que más bien materializó su propio plan criminal.

Finalmente, el caso de la autoría mediata por dominio de organización constituye también un supuesto donde se presenta la figura del autor

13 En este mismo sentido *Roxin*, 1976, p. 189 y ss.

14 Apoyan la tesis de la autoría mediata entre otros LK-*Schünemann*, 2007, § 25, n. marg. 104, 105; *Schroeder*, 1965, p. 143 y ss.; *Schmidhäuser*, 1975, 14/19; *Roxin*, 2006, 212 y ss.; *Küpper*, 1998, p. 528; *Kühl*, 2005, § 20, n. marg. 74; Sch/Sch/ *Cramer-Heine*, 2006, § 25, n. marg. 23.

detrás del autor[15]. Quien desde la posición de mando de un aparato de poder organizado, que se encuentra al margen del derecho, ordena a sus miembros ejecutores la comisión de crímenes, tiene el dominio del acontecimiento criminal, por lo que se le puede imputar el hecho delictivo a título de autor mediato, esto sin importar que los ejecutores inmediatos sean también plenamente responsables como autores directos. Este fue el caso que aconteció en el Perú, donde el líder de la agrupación terrorista Sendero Luminoso, Abimael Guzmán, ordenó la ejecución de personas, órdenes que fueron ejecutadas por los brazos armados ejecutores de la organización. Abimael Guzmán es autor mediato, a él se le pueden imputar los asesinatos como obra suya, pues tenía el dominio sobre la organización de la que dependían los ejecutores directos. En este caso, como en los anteriores, la responsabilidad de los ejecutores a título de autores inmediatos no evita el domino del hombre de atrás.

IV. Posturas disidentes

Pese a que la figura del "autor detrás del autor" constituye doctrina dominante en el derecho penal moderno, su posicionamiento no ha sido pacífico. Contra esta estructura dogmática se han esgrimido diversas objeciones. Desde consideraciones basadas en el déficit de punibilidad del ejecutor hasta críticas basadas en la "responsabilidad" del ejecutor que hacen referencia a distintos aspectos del concepto de autonomía y del concepto de responsabilidad.

1. "Principio" de responsabilidad

La perspectiva que comprende a casi todas las concepciones críticas contra la figura del "autor detrás del autor" se basa en el denominado "principio" de responsabilidad. Sus defensores[16] rechazan la figura del "autor detrás del autor", argumentando que no puede existir una autoría mediata del hombre de atrás si el ejecutor inmediato es ya plenamente

[15] Sobre la discusión en detalle de esta forma de autoría mediata cfr. mis trabajos publicados en JuS Doctrina & Práctica, Lima, 12/2007, p. 37 y ss.; en Actualidad Jurídica, Lima, diciembre 2007, t. 169, p. 113 y ss.; y en JuS Jurisprudencia, Lima, 2/2008, p. 145 y ss.

[16] Cfr. *Schumann*, 1986, p. 6; *Renzikowski*, 1997, p. 71; *Jescheck/Weigend*, 1996, 605; *Jakobs*, 1991, 21/94; *Meyer*, 1984, p. 101 y ss.

responsable como autor del hecho delictivo. Esta crítica gira en torno al ejecutor inmediato, poniendo el acento en sus características o cualidades.

Además sostienen que ante la intervención de varios sujetos en el hecho punible, uno como ejecutor directo y otro como hombre de atrás, solo uno de ellos puede ser responsable por el hecho punible. La responsabilidad como autor de uno de ellos excluye la responsabilidad como autor del otro. Bajo esta perspectiva doctrinal, existen distintas concepciones que ponen el acento en distintos aspectos del concepto de autonomía y propia responsabilidad. Se indica, por ejemplo, que un autor plenamente responsable no puede ser a la vez instrumento de otro[17]; que de los intervinientes solo uno de ellos puede tener el dominio. Esta concepción se expresa igualmente en la difundida tesis del "déficit de punibilidad", según la cual el hombre de atrás sería autor mediato si el ejecutor inmediato tiene un déficit de punibilidad; es decir, si su comportamiento no constituye un delito completo. Si el ejecutor inmediato es del todo punible como autor, entonces el hombre de atrás será solo un instigador. Sin embargo, esta tesis no tiene sustento legal en las legislaciones que reconocen el principio de accesoriedad limitada de la participación, principio que admite la participación en un hecho típico y antijurídico; es decir, la participación en un hecho que presenta un déficit de punibilidad. Ello demuestra que el déficit de punibilidad en el ejecutor no lleva siempre a la autoría mediata del hombre de atrás.

El llamado principio de responsabilidad, que en el ámbito de la imputación objetiva juega un papel importante delimitando los ámbitos de responsabilidad, no constituye una perspectiva dogmática adecuada para el tratamiento de la problemática de una autoría mediata detrás de una autoría directa (teoría de la delimitación de la participación), como expondré en las páginas siguientes. En principio, ya la existencia misma de la coautoría y de la autoría accesoria demuestran que el dominio del hecho y la responsabilidad pueden estar presentes en varios o todos los participantes[18] y no necesariamente debe recaer en uno solo de ellos. Además, para la teoría de la delimitación de la participación es absolutamente claro que la responsabilidad del autor mediato no elimina o evita

17 Cfr. *Jescheck/Weigend*, 1996, p. 670; *Jakobs*, 1991, 21/103;

18 En este sentido también *Maurach/Gössel/Zipf*, 1989, p. 237; *Schaffstein*, 1989, p. 156.

la responsabilidad del partícipe, quedando el principio en este ámbito sin mayor eficacia delimitadora.

2. El concepto de "autonomía" (Köhler, Meyer, Renzikowski)

El sector de la doctrina penal que sustenta la distinción entre autoría mediata e instigación en el concepto de "autonomía", rechaza – en principio – la figura del autor detrás del autor. Destaca entre otros la concepción de *Köhler*[19], quien en la perspectiva de la filosofía idealista de *Kant*, declara que el comportamiento es expresión de la libertad de cada persona. En su opinión, la autoría mediata supone que el hombre de atrás realice el hecho injusto a través de otro, proporcionando y representando al ejecutor circunstancias que serían conforme a derecho[20]. Si el ejecutor no se deja llevar por representaciones, sino que "se determina a sí mismo" como un ser libre; es decir, si es autónomo en su accionar, entonces el hombre de atrás será solo un instigador.

Köhler limita la autoría mediata a la realización del tipo penal mediante un ejecutor que actúa sin dolo, o mediante un ejecutor que actúa justificadamente, llevando así la idea de la "autonomía" hasta sus últimas consecuencias. Sin embargo, con esta postura radical, casi todos los casos de la figura del "autor detrás del autor" son considerados casos de instigación y no, como la doctrina mayoritaria admite, de autoría mediata. Así por ejemplo[21], quien para realizar el delito se vale de un ejecutor que actúa bajo coacción (caso clásico de autoría mediata sobre el cual no existe discusión), responderá solo como instigador. Igualmente, responderá solo como instigador quien se vale de un ejecutor que se encuentra en error de prohibición –sin importar que se trate de un error de prohibición evitable o inevitable–. Igual calificación merecería quien se vale para la comisión del delito de un menor de edad. Para el caso de los crímenes mediante aparatos organizados de poder, *Köhler* postula –consecuentemente– la responsabilidad de quien da las órdenes solo como instigador[22].

---

19 Su pensamiento se delinea principalmente en su obra, Strafrecht Allgemeine Teil, 1997.

20 *Köhler*, 1997, p. 505.

21 *Köhler*, 1997, pp. 506, 508, 509, 510.

22 *Köhler*, 1997, p. 510.

¡La calificación de simple "instigador" al hombre de atrás en todos estos casos es insostenible! Sus propuestas de solución radicales no se pueden justificar bajo el amparo de ser fiel a una teoría filosófica. El recurso a la filosofía para argumentar soluciones jurídicas tiene su límite en las disposiciones legales. Los conceptos legales obligan al intérprete y no pueden ser dejados de lado por servir a teorías filosóficas[23]. No se puede negar, simplemente por ser "consecuente" con una teoría filosófica, que el ordenamiento jurídico sanciona como autor mediato a quien para cometer su hecho punible se sirve de otro como instrumento que actúa bajo coacción. En la doctrina, *Roxin*[24] critica la concepción de *Köhler*, cuestionando: ¿qué sentido tendría llevar al centro de los acontecimiento delictivos a instrumentos no culpables y dejar de lado a los verdaderos directores responsables? Esta concepción llevaría, incluso, a la consecuencia absurda de negar absolutamente la autoría mediata, pues todo instrumento sigue siendo un sujeto libre que reflexiona y podría salir fácilmente de su condición de "simple medio" mediante un ejercicio mental como el pensar.

Otro representante de este sector, que recurre al concepto de "autonomía" para distinguir entre autoría mediata e instigación, es *Meyer*, discípula de *Schmidhäuser*. Según su concepción, la autoría mediata se caracterizaría por la *falta de libertad en el ejecutor inmediato*; es decir, por la *afectación a su autonomía*[25]. Sin embargo, el criterio "autonomía" de *Meyer* presenta serias objeciones, puesto que es sumamente flexible y no ofrece una delimitación segura[26]. Así, se puede observar que en casi todos los casos los ejecutores directos mantienen una autonomía o, en todo caso, un cierto grado de autonomía, lo que llevaría a asumir siempre una simple participación del hombre de atrás. De otro lado, los supuestos de instigación casi siempre reducen la autonomía del ejecutor directo, lo que llevaría a la autoría mediata y no – como ella pretende – a la instigación. La "autonomía" no es pues un criterio seguro, sino que legitima más bien cualquier solución intuitiva. Además, se puede observar un elemento que

---

23 Cfr. en este mismo sentido *Roxin*, 2003, § 25, n. marg. 180; LK-*Schünemann*, 2007, § 25, n. marg. 64.

24 *Roxin*, 2003, § 25, n. marg. 181.

25 *Meyer*, 1984, pp. 86 y ss; 132 y s.

26 Con críticas en esta dirección cfr. *Neumann*, 1985, pp. 467, 468; LK-*Schünemann*, 2007, § 25, n. marg. 63; *Roxin*, 2003, § 25, n. marg. 174; *Küper*, 1986, p. 229;

evidencia la inconsistencia de la concepción de *Meyer*, cuando esta admite una autoría mediata en los casos donde el ejecutor inmediato es plenamente responsable, como sucede con la autoría mediata por dominio de organización para los crímenes a través de aparatos organizados de poder[27]. Pues, aquí no cabe duda que el ejecutor mantiene su "autonomía". *Küper*[28], en un interesante estudio sobre la "autonomía", señala, con razón, que el concepto de autonomía utilizado por *Meyer* es notoriamente inseguro, que cambia "camaleónicamente" de significado dependiendo del contexto en el que se encuentra, de tal modo que su contenido se convierte en discrecional. *Meyer* señala que "autonomía" es la libertad de hacer o dejar hacer lo que se quiere y cómo se quiere; y de no dejar hacer consigo lo que no se quiere. Sin embargo, luego determina el concepto de autonomía con reglas de responsabilidad jurídica. Con posterioridad y de nuevo, pero con otro contenido, lo orienta a la valoración de intereses. Así, vuelve a entender este concepto en correspondencia con los bienes jurídicos o individualizados subjetivamente.[29]

En esta misma dirección, *Renzikowski*[30] fundamenta la distinción entre autoría mediata y participación en un concepto *normativo* de "autonomía". Según su concepción[31], en la interacción entre el hombre de atrás y el hombre de delante, la autonomía del ejecutor impediría constatar el dominio del hecho en el hombre de atrás, lo que, como consecuencia, cerraría la posibilidad de una autoría mediata del hombre de atrás. Por consiguiente, en un razonamiento en contrario, solo la falta de autonomía en el ejecutor fundamentaría la autoría mediata. Según sus postulados, quien actúa bajo un error sobre el sentido concreto de la acción[32] no actuaría autónomamente, en consecuencia, cerrará la posibilidad de una autoría mediata del hombre de atrás que se sirve de esta persona. También, se rechaza una autoría mediata para los casos de crímenes mediante aparatos organizados de poder, donde se admite únicamente un

---

27 *Meyer*, 1984, p. 101 y ss.

28 *Küper*, 1986, p. 219 y ss.

29 *Küper*, 1986, p. 229.

30 En su obra, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997.

31 Él entiende su concepción como una reformulación de la teoría del dominio del hecho basado en el principio de autonomía, cfr. *Renzikowski*, 1997, pp. 34, 74, 81.

32 *Renzikowski*, 1997, pp. 81, 82.

supuesto de instigación[33]. Sin embargo, pueden hacerse varias objeciones a la concepción de *Renzikowski* ya que no ubica bien el punto crítico de la discusión. Lo que fundamenta la autoría mediata del hombre de atrás no es la falta de autonomía del *ejecutor*, sino el dominio del hecho que *el hombre de atrás* posee. La autonomía del ejecutor puede estar plenamente presente o puede estar afectada. Para el dominio del hombre de atrás esto no es decisivo. Por lo demás, el mismo concepto de "autonomía" no constituye un criterio adecuado para distinguir el autor mediato del partícipe, al tratarse de un criterio arbitrario y demasiado flexible que lleva a justificar cualquier postura.

Además, pese a que un desarrollo consecuente de la idea de "autonomía" lleva necesariamente a la negación de la figura del autor detrás del autor[34], *Renzikowski* termina asumiendo una autoría mediata allí donde el ejecutor actúa bajo error de prohibición evitable o con capacidad de culpabilidad reducida; es decir, donde el ejecutor es también responsable penalmente como autor. El ordenamiento jurídico valora en estos casos la conducta del ejecutor como suficientemente "autónoma", pues la sanciona como un hecho punible completo, reduciendo solo la pena e virtud de una disminución de la culpabilidad. Para justificar esta solución, él utiliza aquí otros argumentos: en estas constelaciones de casos el hombre de atrás sería (ahora) autor en razón a que tiene una "posición superior"[35]. Sin embargo, el concepto "posición superior" tampoco convence pues no constituye un criterio claro y útil, más bien pareciera constituir una de las características del criterio "dominio del hecho".

En la literatura, se ha criticado también la "posición superior" del hombre de atrás, indicando que esta solo probaría el dominio del hecho del hombre de atrás y no tendría nada que ver con la pregunta sobre la autonomía del ejecutor[36]. Según *Roxin*, el punto débil y el dilema del pensamiento de la "autonomía" radica no solo en que falte o esté presente, "sino que se presenta en diversas intensidades graduales. A partir de qué grado de déficit de autonomía en el ejecutor se puede afirmar la autoría mediata

33 *Renzikowski*, 1997, pp. 87, 88.

34 En este mismo sentido, LK-*Schünemann*, 2007, § 25. m. marg. 63.

35 *Renzikowski*, 1997, p. 87.

36 LK-*Schünemann*, 2007, § 25. m. marg. 63; *Roxin*, 2003, § 25, n. marg. 176.

del hombre de atrás, no se puede extraer del principio de autonomía, sino que se tiene que valorar desde la perspectiva del dominio del hecho del hombre de atrás. Su "posición superior" que le confiere el dominio del hecho, puede surgir de otras circunstancias distintas al déficit de autonomía en el hombre de atrás, tal como el dominio por organización o el engaño sobre la identidad de la víctima, lo demuestran."[37]

3. El concepto de "responsabilidad" (Schumann, Zieschang)

Un sector de la doctrina penal esgrime ciertas objeciones –no siempre consecuentes– contra la figura del "autor detrás del autor" basado en el concepto de responsabilidad[38]. En esta línea, *Schumann*[39] critica la autoría mediata detrás de una autoría directa apoyándose en el "principio de propia responsabilidad" (*Selbstverantwortung*). Este principio, que en la concepción de *Schumann* es criterio de *imputación objetiva*[40], sostiene que una persona será responsable frente al derecho solamente por lo que hace y no por lo que otros hacen; es decir, delimita los ámbitos de responsabilidad y establece que toda persona debe ser sancionada por su propio hecho injusto. Dicho principio es empleado por *Schumann* también para el tratamiento de la problemática de la distinción entre autoría mediata e instigación. La falta de "propia responsabilidad" en el ejecutor fundamentaría, según este principio, la autoría mediata del hombre de atrás, pues le permitiría influir y de este modo controlar al ejecutor. La formación de la voluntad del ejecutor sería, pues, determinada exteriormente. Por el contrario, si el ejecutor es responsable, solo se presentará una instigación en el hombre de atrás.

Sin embargo, el criterio de "propia responsabilidad" no es convincente. Este criterio, que en sí mismo es válido en muchos aspectos para la imputación objetiva, por ejemplo para delimitar los distintos ámbitos de responsabilidad, no es un criterio adecuado para el tratamiento de la

---

37 *Roxin*, 2003, § 25, n. marg. 176.

38 *Bloy*, 1996, p. 438

39 *Schumann*, 1986, p. 69 y ss., quien traslada este principio de la "imputación objetiva" a la teoría de la delimitación entre autoría y participación.

40 Esto es reconocido por él mismo cuando refiere su intensión de desarrollar su trabajo a la luz de la teoría de la prohibición de regreso, cfr. *Schumann*, 1986, pp. 2, 3, 4.

problemática de la delimitación de las distintas formas de participación[41]. Así, la propia responsabilidad del autor mediato no evita la responsabilidad del partícipe. En el ámbito de la participación, este principio no tiene más efecto delimitador.[42] Igual que las posturas críticas anteriores, la concepción de *Schuman*, aplicada consecuentemente, lleva a negar la estructura dogmática del "autor detrás del autor". No obstante, ante las claras y evidentes estructuras legales *Schumann* termina asumiendo la autoría mediata del hombre de atrás en los casos donde el ejecutor actúa bajo error de prohibición evitable y cuando el hombre de atrás se vale del dominio que tiene sobre una organización[43].

En un trabajo reciente, *Zieschang*[44] se ha mostrado crítico frente a la figura del autor detrás del autor, admitiéndola únicamente en casos excepcionales. Su punto de vista, que acentúa la discusión en las características del *ejecutor*, se enmarca en la misma línea que los autores anteriores. Según su concepción, el criterio que debe guiar la delimitación de autoría mediata e instigación es la "libre responsabilidad" (*Freiverantwortlichkeit*). Argumenta, afirmando que si el ejecutor es señor de sus decisiones, es decir, si actúa sin coacción y conociendo los elementos de relevancia penal, entonces la decisión de realizar el hecho punible constituye una decisión libremente responsable que excluye el dominio del hecho y con este, la autoría mediata del hombre de atrás.[45] Criterio para la autoría mediata sería la falta de libre responsabilidad en el actor inmediato. Consecuente con esta línea de pensamiento, *Zieschang* niega una autoría mediata en los casos de crímenes mediante aparatos de poder organizados si los ejecutores inmediatos actuaron responsablemente. Sostiene que, en la medida que los ejecutores no actúen bajo coacción y no se excluya la libre responsabilidad por otras razones, no se estará ante una autoría mediata, proponiendo sancionar al dictador o al jefe de la organización terrorista únicamente como instigador[46]. Igualmente, en el

41 En este mismo sentido, cfr. *Frisch*, 1988, p. 655; *Meurer*, 1987, p. 2425; LK-*Schünemann*, 2007, § 25, n. marg. 63; *Stein*, 1988, p. 162 y ss.

42 Cfr. *Roxin*, 2003, § 25, n. marg. 182.

43 *Schumann*, 1986, p. 77 y ss.

44 *Zieschang*, 2007, p. 505 y ss.

45 *Zieschang*, 2007, p. 519.

46 *Zieschang*, 2007, p. 520, nota 64. En esta misma línea *Herzberg*, 2000, p. 48.

caso de quien se sirve para su crimen de una persona a quien se engaña sobre la identidad de la víctima, *Zieschang* niega la autoría mediata del hombre de atrás, pues aquí el ejecutor sabría que mata a otra persona y se decide libre y responsablemente hacia el hecho. El hombre de atrás no tendría el domino del evento criminal, pues el ejecutor se decide libre y responsablemente a realizar el homicidio[47].

¡Con todo lo señalado, esta concepción no convence! Reincide en los mismos defectos dogmáticos que las posturas anteriores. No se puede admitir fácilmente que la presencia de una actuación libremente responsable elimine –automáticamente– el dominio del hombre de atrás. *Zieschang* no ofrece argumentos de por qué la actuación libremente responsable elimina el dominio del hecho del hombre de atrás, quedando su propuesta en la mera afirmación. Aquí, se debe tener en cuenta más bien que las características del ejecutor (libre o no, bajo error o no) no tienen una influencia fáctica y decisiva en el dominio que ejerce el hombre de atrás. La cuestión del dominio del hombre de atrás, es decir, si posee o no el dominio, debe ser evaluada justamente en su persona. Las críticas que pretenden negar el dominio en el hombre de atrás deben dirigirse a defectos o problemas que este presente. No se puede negar el dominio del hombre de atrás criticando solo al ejecutor (otra persona), pues si el ejecutor actúa libre-responsablemente o no, es irrelevante para determinar el domino del hecho del hombre de atrás.

Los inconvenientes que presenta este criterio pueden observarse claramente en el caso del hombre de atrás que se sirve de una persona a quien se engaña sobre la identidad de la víctima, por ejemplo, en el caso en que A indica a B (quien está decidido a matar a D) que la persona que se acerca es D, por lo que este dispara y en realidad se trataba de C a quien A quería matar. En este caso, *Zieschang* niega la autoría mediata de A, argumentando que B sabía que mataba a una persona y se decide libre-responsablemente hacia el hecho; A no tendría el domino del evento criminal pues B se habría decidido libre-responsablemente a realizar el homicidio[48]. Sin embargo, esta propuesta de solución no convence. Los argumentos esgrimidos por *Zieschang* llevan a afirmar la responsabilidad

47 *Zieschang*, 2007, p. 516.

48 *Zieschang*, 2007, p. 516.

de B, pero ¡sobre la responsabilidad de B no hay duda! En este trabajo también se postula la plena responsabilidad de B, pues el *error in persona* no lo exime. No obstante esto, no se puede afirmar que A es un simple instigador. A no puede ser instigador puesto que B estaba ya convencido de matar a otra persona. Tampoco es un cómplice, pues no le ha prestado ayuda alguna, sino que A más bien ha utilizado a B para realizar su propio objetivo criminal. A es autor mediato[49]. Por lo demás, sobre el concepto de libre responsabilidad, se debe realizar dos observaciones más; primero, no es un criterio válido para realizar la delimitación, pues comportamientos libremente responsables pueden observarse tanto en el autor como en el instigador, incluso en el cómplice. Segundo, el criterio es amplio y general que se torna vago e impreciso. *Zieschang* admite "excepcionalmente" la figura del autor detrás del autor en el caso en que el hombre de atrás utiliza a un ejecutor que se encuentra en un error de prohibición[50].

V. La doctrina jurisprudencial

La estructura dogmática del "autor detrás del autor" no solo forma parte del discurso teórico de la ciencia penal, sino que ha sido asumida también por la jurisprudencia. Uno de los primeros tribunales en asumirla ha sido la Corte Suprema Federal de Alemania (BGH). En el Perú, la Corte Suprema la ha asumido como propia y hoy forma parte de su doctrina jurisprudencial.

1. La doctrina de la Corte Suprema Federal de Alemania

El BGH ha asumido la figura del "autor detrás del autor" ya en reiterada jurisprudencia. Entre los últimos casos destacan la sentencia en el caso "Rey de los gatos" y la sentencia de los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania.

---

49 Cfr. *Kühl*, 2005, § 20, n. marg. 74; LK-*Schünemann*, 2007, § 25, n. marg. 104, 105; *Schroeder*, 1965, p. 143 y ss.; *Schmidhäuser*, 1975, 14/19; *Roxin*, 2006, 212 y ss.; *Küpper*, 1998, p. 528; Sch/Sch/ *Cramer-Heine*, 2006, § 25, n. marg. 23.

50 *Zieschang*, 2007, pp. 520, 521.

a) Caso "Rey de los gatos" *(BGHSt 35, 347)*

En este caso[51], la Corte Suprema alemana desarrolla la doctrina del autor detrás del autor y la expone con claridad. Este es un famoso caso en el que se juzgó el comportamiento de dos personas que habían decidido matar a una mujer. Para alcanzar su objetivo criminal, utilizaron a una tercera persona a quien habían hecho creer que existía un ser sumamente malvado: el rey de los gatos (*Katzenkönig*), quien exigía una víctima humana en la persona de la mujer y amenazaba, en caso de que no se satisficiera su requerimiento, con eliminar millones de personas. El ejecutor inicialmente no quiso matar a la mujer, pero fue convencido por los hombres de atrás de que se trataba de un mandato divino, por lo que sobre él no recaería una prohibición de matar y que, además, él salvaría a la humanidad. Con la finalidad de realizar este objetivo, el ejecutor intentó matar a la mujer clavándole repetidas veces un cuchillo por la espalda.

Al enjuiciar estos hechos, la Corte Suprema alemana condenó al ejecutor inmediato como autor de una tentativa de homicidio[52]. La Corte reconoció además, que el ejecutor estuvo bajo un error de valoración (de los intereses en conflicto), situación que fundamentaría un error de prohibición, pero dada las circunstancias se determinó que dicho error era evitable. La Corte constató en el ejecutor igualmente una capacidad de culpabilidad reducida, por lo que procedió a reducir la pena prevista. Tras afirmar la responsabilidad del ejecutor como autor inmediato del evento delictivo, que en gran medida no presentaba mayores problemas, la Corte evaluó la interrogante de cómo debían responder los actores de atrás, de si era posible o no sancionarlos como autores mediatos porque se valieron de un ejecutor plenamente responsable para la ejecución de los hechos; es decir, que actuó típica, antijurídica y culpablemente. Despues de un análisis detallado, la Corte decidió sancionar a los hombres de atrás como autores mediatos de tentativa de homicidio.

La Corte Suprema de Alemania asume así la estructura de imputación del autor tras el autor, pues, pese a que se condena como autor al ejecutor directo, se sanciona también a los hombres de atrás como au-

---

51 BGHSt 35, 347.

52 Cfr. además los comentarios a la sentencia de *Schaffstein*, 1989, p. 153 y ss. y de *Roxin*, 1963, pp. 602 y ss.

tores (mediatos) del mismo hecho. La Corte argumentó que el problema no se podría solucionar con el "principio de responsabilidad", lo que se comprobaría en el hecho de que sus propios defensores terminan admitiendo la figura del autor detrás del autor en el caso de los crímenes cometidos a través de aparatos organizados de poder. La Corte considera que el criterio que fundamenta y delimita la autoría mediata es el "dominio del hecho". Indica, además, que el dominio debe fundarse en las reales relaciones de dominio y no en la falta de responsabilidad del ejecutor. De otro lado, la problemática no puede estar en función de si el ejecutor se encuentra en un error de prohibición vencible o invencible, pues en ambos casos estaría ausente en el ejecutor el conocimiento del injusto. El estado de conocimiento, en ambos casos, es el mismo; lo que, en consecuencia, no los diferenciaría en nada con miras a su situación como instrumentos.

En el derecho penal alemán, la decisión del BGH ha significado, además de la asunción de la figura del autor detrás del autor en la jurisprudencia alemana –muy decisiva por cierto– también la asunción del criterio del dominio del hecho para delimitar autor mediato y partícipe. Esto es de suma importancia, pues en la jurisprudencia alemana, esta distinción era realizada mayormente con un criterio que tenía fuerte influencia subjetiva (*animus auctoris*).

b) Caso: "Muro de Berlín" (BGHSt. 40, 218)

En este caso, el BGH enjuició la conducta de los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania, quienes habían dispuesto que los soldados ubicados en el Muro de Berlín disparen a los "fugitivos de la república" que intenten cruzar el muro y, así mismo, ordenado se coloquen minas en la zona fronteriza con cargas explosivas mortales. En la Sentencia (BGHSt. 40, 218) de fecha 26 de julio de 1994, el BGH declaró –pese a que los ejecutores fueron considerados autores inmediatos plenamente responsables[53]– que los miembros del Consejo eran responsables como autores (mediatos), puesto que estos habían tenido el dominio de los acontecimientos criminales por el dominio que ejercían sobre el aparato de poder. El BGH asumió de este

[53] BGHSt 39, 1, 31.; cfr. también BGHSt 39, 168.

modo la estructura de una autoría mediata detrás de una autoría directa, basado, en parte, en las teorías jurídicas de *Roxin* y *Schroeder*.[54]

2. La doctrina de la Corte Suprema del Perú

La figura dogmática del "autor detrás del autor" ha sido asumida por la Corte Suprema del Perú, en el marco de dos casos de importancia para la jurisprudencia nacional. En el primero se juzgó al líder de la organización terrorista Sendero Luminoso; en el segundo al expresidente de la república Alberto Fujimori Fujimori.

a) Caso: "Abimael Guzmán y Sendero Luminoso"

En este caso[55], la Corte Suprema del Perú asume, desarrolla, fundamenta y *aplica* por vez primera la doctrina del "autor detrás del autor". Esto lo hace en un caso de gran importancia para el Perú. Se trata del juzgamiento de las acciones terroristas realizadas por el líder de la organización denominada "Sendero Luminoso", Abimael Guzmán Reynoso. A este se le imputó, además de liderar y formar parte de una organización terrorista, el haber ordenado el asesinato de personas, siendo el más conocido el asesinato de los pobladores de Lucanamarca, un distrito en los andes peruanos. Los ejecutores directos eran miembros de dicha organización y formaban parte de su brazo armado.

En sus consideraciones, la Corte asume expresamente la teoría del dominio del hecho y en su pronunciamiento señala que "la teoría del dominio del hecho permite, ente otras ventajas, distinguir más claramente la diferencia entre autor y partícipe, así será autor quien domina la configuración del injusto y partícipe quien no ejerce tal dominio y solo colabora con un hecho ajeno. Consecuentemente, no compartimos la posición de que hay que abandonar toda la doctrina sobre la autoría y participación ni menos podemos certificar el ocaso o el deceso de la teoría del dominio del hecho"[56]. Posteriormente, declara la responsabilidad penal de Abimael Guzmán Reynoso como *autor mediato* por dominio

---

54 Sobre la recepción de la teoría de *Roxin* en la sentencia, cfr. *Radtke*, GA 2006, pp. 350 y ss.; *Kreß*, 2006, p. 304 y ss.; *Fischer*, 2008, § 25, n. marg. 7.

55 Resolución RN. N.º 5385-2006 de fecha 14 de diciembre de 2007.

56 Resolución RN. N.º 5385-2006, p. 34.

de organización, argumentando que, como miembro del comité central, habría dado la orden de dar muerte a los sesenta y nueve comuneros de Lucanamarca, los que habrían sido ejecutados por los miembros del comité Regional Cangallo-Fajardo de dicha organización, subrayando que "los que dieron las órdenes resultan ser autores mediatos y los ejecutores los autores directos"[57]. Con esta decisión se declara como válida y se aplica la estructura dogmática del autor detrás del autor. Aun más, se asume expresamente la doctrina de la autoría mediata por dominio de organización en los términos que fue fundamentada y desarrollada por Claus *Roxin*. Conforme a ello, se indica "tres son los requisitos para que se configure el domino de la voluntad en virtud de aparatos organizados: a) organización con estructura jerarquizada rígida, b) fungibilidad de los ejecutores inmediatos y c) apartamiento del ordenamiento jurídico. El análisis de lo actuado, en opinión mayoritaria de este colegiado, permite concluir que en el presente caso se tiene configuradas las condiciones antes reseñadas, y por lo tanto, los protagonistas de los hechos deben responder a título de autores mediatos"[58].

b) Caso: "Fujimori y los crímenes de Barrios Altos y la Cantuta"

En este caso, la Corte Suprema del Perú juzgó y condenó[59] al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de crímenes contra la humanidad por el asesinato y posterior desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta), por la muerte de diecisiete personas en una quinta del distrito limeño de Barrios Altos, y por el secuestro de un empresario y un periodista. Según la acusación, Fujimori habría ordenado estos crímenes que luego habrían sido realizados por distintos ejecutores plenamente responsables con quienes el expresidente no tuvo contacto directo. Para fundamentar la autoría del expresidente, la Corte Suprema basó su decisión en la *teoría de la autoría mediata por organización*. Según esta teoría será autor mediato quien, con poder de mando, ordena la ejecución de crímenes a través de una organización que se haya al margen del Derecho y que

57 Resolución RN. N.º 5385-2006, p. 35. La resolución contiene un voto a favor de la coautoría sustentado por el magistrado Javier Villa Stein, p. 151 y ss.

58 Resolución RN. N.º 5385-2006, pp. 36, 37.

59 Sentencia de fecha 07 de abril de 2009, §§ 723 y ss.

cuente con ejecutores fungibles y predispuestos a la ejecución del delito. Lo relevante de la sentencia de la Corte Suprema es que se asume como válida para la jurisprudencia peruana, la figura del autor detrás del autor en la modalidad de la autoría mediata por dominio de organización.

VI. Conclusiones

Las conclusiones obtenidas pueden ser resumidas así: primero, la estructura dogmática "autor detrás del autor" es compatible con nuestro ordenamiento jurídico; segundo, el dominio del hecho del *hombre de atrás* es el criterio de determinación de la autoría mediata; tercero, los criterios fundados en la calidades del *hombre de delante*, aun cuando estos estén basados en criterios de su autonomía o responsabilidad, no son convincentes; cuarto, la figura del "autor detrás del autor" constituye doctrina dominante no solo en la ciencia, sino que también goza de gran predicamento en la jurisprudencia.

La autoría mediata en el delito de usurpación de funciones

–Consideraciones a propósito de la sentencia contra el expresidente Alberto Fujimori Fujimori–*

I. Preliminares

El 11 de diciembre del 2007, la Corte Suprema del Perú emitió una sentencia que delinea por primera vez su doctrina jurisprudencial sobre la "autoría mediata en virtud de dominio por organización". Este pronunciamiento doctrinal lo ha hecho con motivo de la sentencia que condena al expresidente de la república Alberto Fujimori Fujimori como "inductor" del delito de usurpación de funciones. La sentencia aborda y decide además, diversos puntos problemáticos de la discusión científica en el ámbito del Derecho penal material y procesal.

En el marco de un comentario dogmático de esta sentencia, un estudio de cada uno de los temas de relevancia dogmática tratatos agotaría con amplitud el espacio concedido para esta contribución. Es por ello que en este trabajo abordaré y profundizaré solo un ítem: la problemática de la autoría mediata en el delito de usurpación de funciones. El trabajo comienza con un análisis de la postura de la Corte Suprema sobre este punto. Se centra, posteriormente, en el tratamiento de la interrogante de si hubiera sido posible y adecuado calificar al expresidente como autor mediato del delito de usurpación de funciones.

---

* Publicado en: JuS Jurisprudencia, Lima, febrero 2008.

II. La postura dogmática de la Corte Suprema

1. La Corte Suprema en la sentencia[1] bajo análisis, ha calificado el comportamiento delictivo del expresidente Alberto Fujimori Fujimori –haber ordenado a un subordinado usurpar la función fiscal y así allanar un inmueble– como *"inducción"* al delito de usurpación de funciones. La Fiscalía, por el contrario, en su dictamen[2] sostuvo que el expresidente sería *"autor"* mediato del delito de usurpación de funciones. En opinión de la Fiscalía Suprema, los hechos imputados al expresidente constituyen el delito de usurpación de funciones y el título de imputación que le corresponde es el de autor mediato. Basada en la teoría del dominio del hecho, la Fiscalía Suprema argumenta que autor es "quien controla la toma de decisión y la ejecución de la misma, el instigador y el cómplice intervienen en la ejecución del comportamiento, pero no tienen el dominio de su realización". Subraya, además, que "según *Roxin*, principal exponente de esta concepción, es autor respecto a una pluralidad de personas, quien, por el papel decisivo que representa, aparece como la figura 'clave o central' del suceso"[3].

Esbozada así la tesis de la autoría mediata, la Fiscalía Suprema –consecuente con su argumentación– rechaza la tesis de la inducción[4]. Según su opinión, para que concurra tal supuesto "el agente debe contribuir esencialmente a la decisión de otro para incitar una resolución criminal en un tercero". La fase correspondería "a crear o reforzar una voluntad, asesorando o perfilando la adopción de una determinada conducta a ser exteriorizada finalmente por otro. Es decir, el instigador no realiza la infracción, ni "toma parte", en sentido material, en su ejecución. Solo ejerce una influencia psicológica sobre otra persona, con el objeto de hacerle cometer el hecho punible". Sin embargo, en el presente caso, el expresidente no se habría limitado a un acto de persuasión, sino que este habría dado órdenes, "ya que ejercía un efectivo dominio de la voluntad de los demás intervinientes". Su actuación no se habría limitado a intervenir en

---

1 Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2007, Exp. N.º 13-03, (cit.: Sentencia).

2 Dictamen N.º 1545-2007-MP-FN-FSCA de fecha 12 de noviembre de 2007 (cit.: Dictamen).

3 Dictamen, p. 18.

4 Dictamen, pp. 19, 20.

el origen de la decisión criminal, sino que se habría proyectado a todo lo largo del desarrollo causal.

2. La Corte Suprema ha rechazado en su sentencia la tesis de la autoría mediata sostenida por la Fiscalía Suprema. Allí se señala que las dos formas posibles de autoría mediata que podrían concurrir al caso serían, de un lado, la autoría mediata en virtud de orden superior; y de otro lado, la autoría mediata en virtud de dominio por organización. Según la Corte, ninguna de ellas sería aplicable al caso Fujimori.

Sobre el primer supuesto, la Corte Suprema señala que para que concurra una autoría mediata en virtud de orden superior se precisa que el ejecutor inmediato actúe bajo una causa de exculpación; que solo se podría afirmar el dominio de la voluntad por parte del superior jerárquico cuando se aprecie que el autor directo se halla exculpado, sea por no poder determinarse conforme a las normas o no pueda exigírsele una conducta conforme a derecho. En el caso del expresidente, estos supuestos no concurrirían, primero, porque el ejecutor inmediato habría actuado sin estar inmerso en una situación de presión psíquica intensa fundante de exculpación[5]; y segundo, porque el cumplimiento de órdenes ilícitas no constituiría en ningún caso un supuesto de exculpación[6]. Ninguna persona estaría obligada jurídicamente al cumplimiento de conductas ilícitas: "no existe un deber jurídico de cumplir órdenes antijurídicas: lo ilícito nunca es debido", "la orden superior de cometer un delito en ningún caso debe ser obedecida". La Corte Suprema concluye sobre este punto afirmando que si "una orden ilícita (usurpar una función pública) es acatada no se configura autoría mediata por parte del superior, sino que el ejecutor directo subordinado tendrá (solo él) el dominio del hecho, mientras que al superior jerárquico que imparte la orden le cabe responsabilidad por inducción."[7]

3. Del mismo modo, la Corte Suprema niega la concurrencia de una autoría mediata en virtud de dominio por organización. Sin embargo, antes de fundamentar su decisión declara la validez de esta teoría para la jurisprudencia y esboza los primeros criterios de concurrencia de este tipo

5 Sentencia, p. 74.

6 Sentencia, p. 74.

7 Sentencia, pp. 73,74.

de autoría mediata[8]. Según su concepción, elementos de concurrencia de esta forma de autoría serían: *"la efectividad de una organización estructurada jerárquicamente donde exista un conjunto de piezas o instrumentos (intercambiables o fungibles), que cumplen una función determinada, constituidas para acatar o ejecutar las órdenes de las personas con poder para impartirlas"*[9]. No obstante admitir la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización, la Corte declara que esta no sería aplicable al caso del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, pues no concurrirían sus presupuestos.

La Corte argumenta que para cometer el delito objeto de imputación "Fujimori Fujimori no puso en movimiento un aparato jerárquicamente estructurado", sino que impartió directamente una orden ilícita a su subordinado (el ejecutor inmediato) para que hiciera las veces de Fiscal (se irrogue la función fiscal) en el allanamiento de un inmueble. De otro lado –afirma la sentencia–, tampoco sería posible afirmar un real dominio de la voluntad, pues la "decisión autónoma del ejecutor inmediato de realizar la conducta ilícita no resultaba irrelevante", con lo que decaería la garantía de control real –indirecto– del hombre de atrás sobre el acontecimiento. Por lo demás –prosigue la sentencia–, la "sola pluralidad de intervinientes" en la operación, globalmente considerada (allanamiento de domicilio), no podría fundamentar esta clase de autoría mediata en el específico delito objeto de este proceso (usurpación de funciones). El ejecutor habría tenido "la calidad de autor directo, que realizó el tipo penal de usurpación de funciones de manera directa, dolosa y, hasta cierto punto, libre. Es decir, realizó dolosamente y por sí mismo (directamente) todos los elementos del tipo penal de usurpación de funciones, y fue la figura del suceso con dominio de la acción." Finalmente, se indica que resultaría irrelevante, a efectos típicos, el hecho de que haya llevado a cabo la conducta por orden de un tercero o por la influencia motivadora de otro. En ninguno de estos casos se puede negar que actuó con libertad de decisión. El ejecutor inmediato "no sometió su voluntad a la de Fujimori Fujimori, sino que dependía de la suya propia para realizar el delito (continuarlo, modificarlo o interrumpirlo) hasta su consumación"[10]. Lue-

8 Sobre la relevancia de este punto se regresa más adelante (apartado IV).

9 Sentencia, pp. 74, 75.

10 Sentencia, p. 76.

go subraya[11], "Fujimori Fujimori no resulta ser autor mediato" pues no habría sometido la voluntad del ejecutor inmediato, debido a que esta no se hallaba instrumentalizada. Fujimori Fujimori no sería autor mediato pese a que "haya concebido el plan global del allanamiento, lo haya dirigido y haya facilitado los medios para ejecutarlo".

4. Luego de rechazar la tesis de la autoría mediata, la Corte Suprema afirma, finalmente, la concurrencia de una *inducción*[12]. El expresidente únicamente habría inducido al ejecutor a usurpar la función fiscal (fungir de Fiscal). Según la Corte, se habría tratado de una "orden ilícita superior directa, pero no de cualquier nivel, sino la del presidente de la República y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, lo que la cualifica en intensidad debido al alto grado de subordinación funcional de Ubillús Tolentino [el ejecutor] (cuyo rango era el de teniente coronel del ejército peruano) con relación a Fujimori Fujimori." Del mismo modo, esta subordinación habría reducido el ámbito de autodeterminación del ejecutor inmediato, sin embargo, esta presión no habría tenido "la intensidad como para exculpar su conducta, excluir su capacidad para autodeterminarse conforme a derecho, o sustentar una causal de inexigibilidad (supuestos en donde sí podría afirmarse la existencia de un autor mediato –Fujimori Fujimori– tras el ejecutor), pero –en tanto se trata de un caso en que el inductor jerárquicamente superior impuso su voluntad– aproxima la determinación del inductor al dominio del autor mediato."[13]

III. La autoría mediata en el delito de usurpación de funciones

La Fiscalía Suprema ha considerado el comportamiento ilícito del expresidente como autoría mediata. Sin embargo, omite indicar qué tipo o supuesto de autoría mediata concurriría al caso. Tampoco realiza una fundamentación profunda de ella. Lo que sí merece resaltarse del dictamen fiscal es su convincente argumentación contra la concurrencia de un supuesto de instigación. La Corte Suprema, por su lado, en una sentencia minuciosa y de alto nivel, ha negado la concurrencia de una autoría

11 Sentencia, p. 76.

12 Sentencia, pp. 76, 77, 78.

13 Sentencia, p. 78.

mediata. Pese a todo, esta decisión no es compartida en este trabajo. Las páginas que siguen, intentan fundamentar que los hechos imputados al expresidente Alberto Fujimori Fujimori pudieron y debieron ser calificados como *autoría mediata* del delito de usurpación de funciones.

1. Autoría mediata en virtud de dominio por coacción

La Corte Suprema ha rechazado que en el caso del expresidente haya concurrido un supuesto de "autoría mediata en virtud de orden superior ilícita". Según su concepción, se precisaría para este supuesto de autoría que el ejecutor actúe bajo una causa de exculpación, pero en el presente caso el ejecutor inmediato habría actuado culpablemente, pues el cumplimiento de órdenes superiores ilícitas no constituye causa de exculpación alguna. Este extremo de la decisión es correcta en los resultados y merece ser resaltada como un desarrollo positivo de la jurisprudencia en el Perú. Sin embargo, sobre su fundamentación habría que hacer algunas observaciones.

1. Autor es la figura central del acontecimiento criminal, mientras que partícipe es quien interviene en el delito con contribuciones secundarias. Según el criterio del *dominio del hecho*, autor es quien posee el dominio de los sucesos delictivos, pudiendo presentarse una autoría directa, una autoría mediata o una coautoría. En la autoría mediata (realización del hecho punible *"por medio de otro"*, según el art. 23 CP) el hombre de atrás tiene el dominio del acontecimiento delictivo debido, en principio, a que se aprovecha y utiliza como *instrumento*[14] a otra persona –el hombre de adelante o ejecutor inmediato– que se encuentra bajo error o bajo coacción; o debido a que ordena la comisión del hecho punible a través de un aparato de poder sobre el cual tiene dominio[15].

---

14 *Stratenwerth/ Kühlen*, AT I, 2004, § 12, n. marg. 30; *Wessels/Beulke*, AT, 2005, § 13, n. marg. 535; *Kühl*, AT, 2005, § 20, n. marg. 38; LK-*Schünemann*, § 25, n. marg. 69, 70.

15 *Eser*, StrafR II, 1980, Fall 38, n. marg. 25; *Freund*, AT 1998, § 10, n. marg. 90; *Hirsch*, Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht, 1996, p. 22; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), p. 244.; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit, 1992, p. 183; *Kreß*, GA 2006, p. 205; *Kühl*, AT, § 20, n. marg. 73 y s.; *Küpper*, GA 1998, p. 523; *Lampe*, ZStW 106 (1994), p. 743; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT, 1992, § 48, n. marg. 88; *Radtke*, GA 2006, p. 350; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, p. 242; *Satzger*, Internationales Strafrecht, 2007, § 14, n. marg. 43; *Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, p. 10; *Schultz*, JuS 1997, p. 111; *Schünemann*, FS-Schroeder, 2006, p. 401; *el mismo*, LK, § 25, n. marg. 122; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 12, n. marg. 65, 66, 67; *Vest*, ZStW 113 (2001), p. 492; *Wessels/Beulke*, AT, n. marg. 541.

2. Según el modelo dogmático presentado aquí, no existe el supuesto de una "autoría mediata en virtud a una orden superior ilícita" como lo sostiene la Corte Suprema[16]. Los supuestos de autoría mediata, a excepción de la autoría mediata por dominio de organización que será tratada más abajo, suponen siempre *error* o *coacción* en la persona del ejecutor inmediato o una conjunción de ellas. El hombre de atrás podría utilizar como instrumento a una persona que se encuentra en error, p.e. cuando alguien pide a otro que administre a un enfermo una inyección que supuestamente es un medicamento, pero en realidad se trata de un veneno mortal. Por otro lado, el hombre de atrás también podría utilizar al ejecutor para sus fines criminales a través de coacción[17], p.e. si lo amenaza con matar a sus padres si este no realiza el hecho delictivo (usurpar determinada función pública).

3. Dado los hechos del presente caso, se podría analizar la posible subsunción del comportamiento del expresidente en el supuesto de la autoría mediata en virtud de dominio por coacción. Luego, la pregunta sería, ¿constituye un supuesto de coacción la comisión de un delito por orden superior ilícita? O más claro aún, ¿se puede afirmar que actúa bajo coacción quien comete un delito por orden superior ilícita?

Está fuera de duda que todo subordinado tiene el deber de obediencia respecto de las órdenes vinculantes (lícitas y legítimas) de los superiores. Si el subordinado actúa en cumplimiento de este tipo de órdenes vinculantes, actúa conforme a derecho[18]. Es evidente que el cumplimiento de tal orden no implica en ningún caso coacción alguna. Por otro lado, si el subordinado actúa en cumplimiento de órdenes no vinculantes, a sabiendas del carácter ilícito de las mismas, no actúa conforme a derecho, pues no existe deber alguno de cumplimiento de órdenes ilícitas. Como se puede apreciar, el cumplimiento de órdenes ilícitas no implica automáticamente la concurrencia de coacción. Es en el caso concreto donde se tiene que apreciar si el hombre de atrás ejerce coacción contra el hombre de adelante, a fin de que este realice el delito. Si este fuera el caso, el ejecutor podría estar cubierto por una causa de exculpación. El hom-

16 Sentencia, pp. 73, 74.

17 *Jakobs*, AT, 1991, 21/96; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I, § 12, n. marg. 56, 57, 58; *Kühl*, AT, § 20, n. marg. 62. Sch/Sch/*Cramer-Heine*, 2006, § 25, n. marg. 33.

18 *Jescheck/Weigend*, AT, 1996, pp. 496, 497, 498.

bre de atrás sería autor mediato. De esto se puede concluir, que aquello que fundamenta la concurrencia de una autoría mediata no es la falta de culpabilidad del hombre de adelante, sino la situación de coacción en la que se encuentra. La falta de culpabilidad del ejecutor es solamente una consecuencia de la coacción en la que se encuentra. El hombre de atrás domina el acontecimiento de los hechos en razón a que utiliza como instrumento (mediante coacción) al hombre de adelante.

4. En el presente caso, el ejecutor inmediato actuó en cumplimiento de una orden superior ilícita, a sabiendas de que se trataba de una orden ilícita. El expresidente no ejerció coacción contra el ejecutor, sino que se limitó a dar las órdenes para la comisión de un delito. El expresidente no amenazó p.e. con un daño contra la vida, integridad corporal o la libertad del ejecutor directo o de alguno de sus familiares[19]. De lo señalado se desprende que no es aplicable a estos hechos el supuesto de la autoría mediata en virtud de dominio por coacción. También *Roxin*[20] ha señalado expresamente en el marco del tratamiento de esta problemática, que "las órdenes de servicio así como las órdenes militares no fundamentan un dominio por coacción. Las órdenes de los superiores que se dirigen a la comisión de delitos no deben ser cumplidas".

2. Autoría mediata en virtud de dominio por organización

La Corte Suprema ha rechazado, igualmente, la posibilidad de una autoría mediata en virtud de dominio por organización en el presente caso. De la fundamentación que sustenta su decisión destacan dos argumentos. Primero, el expresidente no habría puesto en movimiento un aparato organizado, sino que habría impartido la orden directamente al ejecutor. Segundo, que no habría existido un dominio de la voluntad del ejecutor, pues este habría decidido y actuado con autonomía para cometer el delito, que el ejecutor directo habría tenido el dominio del hecho. Los demás argumentos ofrecidos conducen únicamente a reforzar estos dos.

---

19 O con algún otro supuesto de coacción dispuesto en el art. 20. inc. 5 CP.

20 *Roxin*, AT II, § 25, n. marg. 60.

a) Fundamentos de la autoría mediata en virtud de dominio por organización

Como paso previo al análisis de este aspecto de la sentencia, paso a fundamentar la concepción de la autoría mediata por dominio de organización que defiendo en este trabajo[21], pues solo de la mano de una concepción personal puede procederse a la valoración y a la crítica de los diversos puntos dogmáticos que presenta la jurisprudencia y la doctrina.

1. Autor mediato por dominio de organización es quien valiéndose de una organización (aparato de poder organizado) sobre la cual tiene dominio, ordena la comisión de delitos[22]. El dominio sobre la organización le otorga al hombre de atrás un dominio sobre la producción del resultado que materialmente es realizado por un órgano de ejecución del aparato organizado: el ejecutor inmediato. Por consiguiente, se trata de un dominio concreto sobre la organización, y no de un dominio fáctico sobre el ejecutor inmediato[23]. La fundamentación de la autoría mediata no puede basarse en el dominio o control del intermediario[24], pues el ejecutor inmediato es una persona libre y responsable en la realización de sus propias acciones.

2. Postulado fundamental de la teoría de la autoría mediata por dominio de organización es justamente la admisión de una autoría mediata pese a que el ejecutor inmediato es un agente que actúa con autonomía y libertad, pese a que es responsable penalmente y pese a que tiene el dominio del hecho. Por ello, este tipo de autoría mediata pertenece a la constelación de casos denominada en la doctrina como *"autor detrás del autor"* –término formulado por *Lange*[25] en 1950–[26].

---

21 Sobre el origen, fundamentos y desarrollo de la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización véase también mis trabajos publicados en JuS Doctrina & Práctica, Lima, 12/2007, p. 37 y ss. y en Actualidad Jurídica, Lima, diciembre 2007, t. 169, p. 113 y ss.

22 Cfr. *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), p. 244.; *Kreß*, GA 2006, p. 205; *Küpper*, GA 1998, p. 523; *Lampe*, ZStW 106 (1994), p. 743; *Radtke*, GA 2006, p. 350; *Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, p. 10; *Schultz*, JuS 1997, p. 111; *Vest*, ZStW 113 (2001), p. 492.

23 Cfr. también *Schlösser*, GA 2007, p. 164.

24 *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, 2004, p. 148.

25 *Kohlrausch/Lange*, StGB, 1950, vor § 47, I.B.1.

26 El estado actual de la discusión sobre la doctrina del "autor detrás del autor" lo ofrece *Zieschang*, FS-Otto, 2007, p. 505.

Algunas voces en la doctrina[27] han pretendido ver en esta teoría una posible colisión con el "principio de propia responsabilidad"[28] (*Selbstverantwortlichkeit*). Este principio señala que una persona será responsable frente al derecho solamente por lo que hace y no por lo que otros hacen. Este principio, que delimita los ámbitos de responsabilidad, establece que toda persona debe ser sancionada por su propio injusto. Sin embargo, el postulado de la autoría mediata en virtud de dominio por organización, que supone la actuación de un instrumento plenamente responsable, no violenta el principio de propia responsabilidad. Aquí, tanto el hombre de atrás como el ejecutor inmediato responden por sus propios injustos[29]. El hombre de atrás como *autor mediato* por haber realizado a través del ejecutor el resultado típico (dominio del acontecimiento criminal a través del *domino por organización*). El hombre de adelante responde, por el contrario, como *autor directo* por haber realizado directamente el hecho típico (dominio del hecho a través del *dominio de la acción*). La responsabilidad de ambos tiene fundamentos distintos. El injusto es distinto en cada caso y tanto el hombre de atrás como el ejecutor son responsables por su propio injusto. La autoría mediata por dominio de organización es pues plenamente respetuosa del principio de propia responsabilidad.

3. Fundamento de la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización aquí defendida es el *dominio sobre la organización*. Este dominio es el que permite al hombre de atrás "realizar" el crimen. Es el dominio sobre la organización lo que posibilita a su vez, el dominio del logro del resultado típico. La actuación fuera del derecho y la reemplazabilidad de los órganos de ejecución de la organización (fungibilidad) son solo *características* que –por lo general– acompañan a este tipo de dominio.

En este contexto, el dominio del hecho en virtud de dominio por organización implica el dominio de un aparato de poder o de una organización. La estructura organizacional y funcional del aparato debe estar

---

27 Por todos cfr. *Schuman*, Straftrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, p. 6. Crítico desde el punto de vista del *principio de autonomía* también *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, p. 71.

28 *Schumann* traslada este principio de la "imputación objetva" a la teoría de la autoría y participación.

29 De lo afirmado en el presente trabajo se observa que no se presenta la contradicción que temiera *Murmann*, GA 1996, pp. 273, 274, respecto de un ejecutor libre y no libre al mismo tiempo.

conformada de modo tal que las órdenes de los "jefes supremos", "líderes" o "mandos", sean ejecutadas "automáticamente". La estructura jerárquicamente organizada permite la automaticidad en el cumplimiento de las órdenes. Sobre este tipo de organización se fundamenta el dominio del acontecimiento criminal. Siendo esto así, en organizaciones de este tipo el grado de responsabilidad por los hechos cometidos se incrementará en la medida en que se ascienda en la jerarquía de la organización. Esta asignación de responsabilidad fue puesta de relieve y empleada por el Tribunal de Jerusalén en el juicio de *Eichmann* por los crímenes cometidos durante el régimen nacionalsocialista. Allí, se señaló que la cercanía o la distancia a los ejecutores materiales no debía tener mayor influencia en la responsabilidad, por el contrario, la responsabilidad se incrementará en la medida que se aleje de los ejecutores materiales y se acerque a la cumbre de la jerarquía.

Un elemento que contribuye al aseguramiento del resultado típico lo constituye la actuación al margen del derecho de la organización ("desvinculación del derecho")[30]. Pues una organización que actúa ilegalmente tiene procesos de funcionamiento propios que se distancian de un funcionamiento "normal" y que posibilitan de esta manera el cumplimiento de sus objetivos[31]. La otra característica dogmática del dominio por organización es la reemplazabilidad del órgano de ejecución, es decir, la posibilidad de sustituir al ejecutor que *Roxin* designaba con el término "*Fungibilität*"[32]. Esta posibilidad de reemplazar al ejecutor por otro aseguraría el cumplimiento de las órdenes criminales, en caso que el actor inicial falle o se desista del intento; el ejecutor constituye una simple pieza en la maquinaria que es la organización.[33] El significado del ejecutor para la organización no es determinante, es simplemente un órgano ejecutor de las "importantes" decisiones de los altos mandos. La individualidad del órgano ejecutor no es de relevancia, es más, en la mayoría de los casos

30 Cfr. también MK-*Joecks*, 2003, § 25, n. marg. 132 s.; *Roxin*, FS-Grünwald, 1999, p. 556; *el mismo*, AT II, § 25, n. marg. 130; *Heine*, Eser-Festgabe, 1995, p. 63; LK-*Schünemann*, § 25, n. marg. 130.

31 Este elemento permitiría a su vez, limitar el ámbito de aplicación de la teoría y de este modo evitar el peligro de su posible degeneración, garantizando así su legitimidad.

32 *Roxin*, Täterschaft, p. 245.

33 En este sentido también *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, p. 345.

no existirá un contacto personal entre el alto mando que imparte las órdenes y el ejecutor. El hombre de atrás tiene un dominio actual del evento criminal –en la consecución del resultado típico– , no porque domine a la persona que realiza la acción típica, sino porque domina a la organización cuyos órganos de ejecución son *normalmente*[34] reemplazables. Por otro lado, el rol central del hombre de atrás (como autor mediato) no elimina, en absoluto, la responsabilidad del ejecutor como autor directo[35]. Al mismo tiempo, esta actuación responsable del ejecutor no evita la responsabilidad, como autor mediato, del alto mando que imparte las órdenes criminales. La imputación de la autoría en cada caso concreto se basa en diferentes fundamentos dogmáticos.

b) Puesta en marcha del aparato de poder organizado

La postura de la Corte Suprema es que en el presente caso no se habría puesto en marcha un aparato de poder organizado. Se fundamenta esto afirmando que el expresidente habría dado la orden de suplantar a un fiscal de manera directa al ejecutor inmediato. Si esto es acertado o no, presupone dos niveles de análisis. En primer lugar, la cuestión de si en el caso concreto existía o no un aparato de poder jerárquicamente estructurado, o más exactamente, si el expresidente y el ejecutor inmediato formaban parte del aparato de poder organizado. En segundo lugar, suponiendo que exista dicho aparato, la cuestión de si se le puso en marcha o no.

1. Con relación a la primera cuestión, se desprende del contenido de la propia sentencia la existencia de un aparato de poder organizado: la existencia de un aparato de poder estatal. En la doctrina se admite –mayoritariamente– dentro de esta categoría a las organizaciones estatales[36], paraestatales y organizaciones no estatales, como p.e. organizaciones terroristas. Es más, el aparato de poder estatal es el modelo de organización tipo –*per excellentia*– con el que surge la teoría, y sirve de modelo explicativo a toda la doctrina: aquí son señalados como ejemplos el aparato de

34 La reemplazabilidad (fungibilidad) constituye una característica del dominio por organización, pero no es el elemento fundador. Cfr. sobre la discusión del concepto de fungibilidad LK-*Schünemann*, § 25, n. marg. 127.

35 Cfr. también *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, 2000, p. 82.

36 Sobre la discusión de los tipos de organización que supondría la autoría mediata por dominio de organización, cfr. *Ambos*, GA 1998, p. 235.

poder estatal del régimen nacional socialista y el aparato de poder estatal de la ex República Democrática Alemana. Sobre esta última existe incluso una sentencia[37] de la Corte Suprema de Alemania que declara a este Estado como un aparato de poder estatal cuyo accionar fundamentó una autoría mediata por dominio de organización.

A este tipo de aparato de poder estatal pertenecían también tanto el expresidente Alberto Fujimori Fujimori como el ejecutor inmediato. Se trata pues de una "organización estructurada jerárquicamente" en la que existía un conjunto de agentes que cumplían órdenes "de las personas con poder para impartirlas". No se trata pues en modo alguno de una convergencia circunstancial o transitoria del hombre de atrás y el ejecutor, sino que se presentan los presupuestos que la misma Corte Suprema ha establecido para la concurrencia de la autoría mediata por organización, a saber, "una organización estructurada jerárquicamente donde exista un conjunto de piezas o instrumentos (...), que cumplen una función determinada, constituidos para acatar o ejecutar las órdenes de las personas con poder para impartirlas"[38]. Se puede afirmar pues, la concurrencia del primer supuesto.

2. Afirmada la concurrencia del primer presupuesto: la existencia de un aparato de poder; la segunda cuestión (puesta en marcha de la organización) se presenta más clara. Dado que el expresidente era el jefe con poder para impartir órdenes, y dado que el ejecutor inmediato cumplía estas órdenes, entonces al haber el ex presidente impartido la orden de suplantar al fiscal puso en marcha el aparato de poder. Aquí, no es relevante si la orden se dio de manera directa al ejecutor o si esta se impartió a través de otros miembros de la jerarquía de la organización. Si bien es típico que en este tipo de autoría mediata el hombre de atrás imparta sus órdenes a través de otros en la jerarquía organizacional y que normalmente no haya contacto directo entre el hombre de atrás y el ejecutor; sin embargo, esto no es necesariamente siempre así. Pertenecen a la organización todos, desde los jefes, los mandos medios, hasta los ejecutores. Por tanto, una orden de quien tiene poder de mando, sea directa o indirecta,

---

37 BGHSt 40, 218.

38 Sentencia, pp. 74, 75.

pone en marcha al aparato de poder. En el presente caso –consecuentemente– se puso en marcha el aparato de poder.

c) Libertad y responsabilidad penal del ejecutor inmediato.

El segundo argumento expuesto por la Corte Suprema para negar la concurrencia de la autoría mediata en virtud de dominio por organización indica que el hombre de atrás (el expresidente) no habría dominado la voluntad del hombre de adelante (el ejecutor inmediato del delito de usurpación de funciones); que el ejecutor habría decidido y actuado con autonomía para cometer el delito. Sobre este extremo de la fundamentación debe subrayarse que los presupuestos son correctos, pero la consecuencia jurídica que se extrae de ella no resulta convincente.

1. Según la doctrina de la autoría mediata, se puede suponer a un hombre de atrás que no domina directamente la voluntad del ejecutor inmediato; se puede suponer a un ejecutor que decide cometer el delito autónomamente, pese a que lo hiciera en cumplimiento de una orden (ilícita); se puede suponer, incluso, que el ejecutor inmediato tuvo el pleno dominio del hecho en la comisión del delito. Con todo, estos supuestos no niegan la concurrencia de una autoría mediata por dominio de organización. Por el contrario, justamente estos son los presupuestos típicos de la autoría mediata en virtud de dominio por organización[39].

Como fue indicado más arriba, la autoría mediata en virtud de dominio por organización presupone la actuación libre y responsable del ejecutor directo. La estructura de imputación de la teoría tiene al ejecutor inmediato como *autor directo* del delito –y para que sea autor, claro está, debe haber actuado con pleno domino del hecho en la comisión del delito-. Lo que supone a la vez, su actuación autónoma, libre y consecuentemente, responsable.

2. Para esta clase de autoría no se precisa que el hombre de atrás domine (directamente) la voluntad del ejecutor inmediato. Según la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización, el dominio que fundamenta esta clase de responsabilidad penal es un *dominio del*

39 Existe un amplio consenso en la doctrina sobre este aspecto, cfr. solo *Kühl*, AT, § 20, n. marg. 73 y s.; LK-*Schünemann*, § 25, n. marg. 122.

hombre de atrás sobre la organización. La teoría presupone en el hombre de atrás un poder de dar órdenes en y a través de la organización, órdenes que serán cumplidas por el funcionamiento propio de la organización por órganos ejecutores (ejecutores inmediatos). La organización está estructurada funcional y jerárquicamente de tal modo que las órdenes impartidas son cumplidas casi "automáticamente". El hombre de atrás a través de su dominio sobre la organización y de su poder de dar órdenes domina la consecución del resultado ordenado. El dominio por organización, ya conceptualmente no presupone un dominio del hombre de adelante. Por el contrario, se trata de un dominio sobre la organización[40]. El hombre de adelante actúa autónomamente y de ello precisamente deriva su responsabilidad como *autor directo*. En la doctrina suele graficarse esta clase de dominio con el ejemplo de los militares que dieron muerte a quienes intentaban cruzar el muro de Berlín por órdenes superiores. En esta constelación de casos, que incluso fue así establecido por la Corte Suprema de Alemania[41], los militares que dispararon eran personas plenamente responsables y que actuaron con pleno dominio del hecho en la ejecución de sus crímenes. Tenían cierta libertad y autonomía en su actuación pese a que actuaron en cumplimiento de órdenes superiores. No estaban amparados por causas de exculpación, por lo que fueron considerados *autores directos* de los crímenes en mención. Los superiores que impartieron las órdenes fueron considerados *autores mediatos*.

En este contexto debe resaltarse la tesis de *Roxin*[42], según la cual, pese a que quienes ejecutan el hecho punible de propia mano sean *autores directos*, quienes imparten las órdenes son *autores mediatos*, pues la ejecución del hecho, a diferencia de la inducción, no depende de la decisión del ejecutor inmediato. Se subraya asimismo, que la *autoría inmediata* del ejecutor y la *autoría mediata* del hombre de atrás descansan en presupuestos diferentes, la primera en la comisión de propia mano, la segunda en el dominio del aparato de poder. De esto se deriva también que ambas estructuras de imputación pueden coexistir tanto lógica como teleológicamente.

---

40 En este sentido también *Schlösser*, GA 2007, p. 164; *Roxin*, FS-Schroeder, p. 393.

41 BGHSt 40, 218.

42 *Roxin*, AT II, § 25, n. marg. 107.

3. Expuesto lo anterior, debe concluirse que la fundamentación de la Corte Suprema en este extremo de su decisión no es la más satisfactoria. Sus argumentos expuestos para negar la autoría mediata no convencen. Por el contrario, según la fundamentación defendida en este trabajo, hasta este nivel de análisis, debería aceptarse la autoría mediata por dominio de organización.

d) Fungibilidad del ejecutor inmediato

1. Un aspecto dogmático que fue obviado por la Corte Suprema en su análisis de concurrencia de la autoría mediata en virtud de dominio por organización en el caso del expresidente, es el relativo a la *"fungibilidad"* como característica (*frecuente*) de la autoría mediata. Esto pese a que fue considerado por la propia Corte como elemento de la autoría mediata por dominio de organización.

Como se ha fundamentado más arriba, la *"fungibilidad"* o *"reemplazabilidad"* es una característica o elemento que acompaña frecuentemente (por lo general) a la autoría mediata por dominio de organización[43]. El hombre de atrás domina la producción del resultado delictivo en razón a que tiene dominio sobre el aparato de poder a través del cual emite y hace que se cumplan sus órdenes. El aparato de poder está organizado jerárquicamente y funcionalmente de tal modo que las órdenes superiores son cumplidas casi "automáticamente" por los órganos ejecutores, que, *por lo general*, son sujetos reemplazables, las ruedecillas últimas de una organización. La negación de uno de estos ejecutores a realizar el hecho, no afectaría en nada el plan criminal del superior pues existirían otros que podrían reemplazarlo.

2. De los hechos que se desprenden del presente caso se puede apreciar la presencia de varios posibles ejecutores. El expresidente tuvo a su disposición distintos subordinados que podían ejecutar el hecho punible. Se trataba de usurpar la función fiscal. Esta acción típica no constituía una de carácter (sumamente) especial que haga imposible su realización por otros subordinados del hombre de atrás[44]. En caso que el ejecutor inmediato se hubiese negado a realizar el hecho punible, este habría sido

43 En este mismo sentido LK-*Schünemann*, § 25, n. marg. 127.

44 Aquí no cabría incluso la objeción –que por cierto no es compartida aquí– que se hace a algunos casos donde el ejecutor realiza una acción sumamente especializada que haría difícil su

realizado de todos modos, pues existían otros agentes que podían reemplazarlo. En este caso existía pues *reemplazabilidad* de los agentes ejecutores, o en los términos de *Roxin,* se daba el supuesto de "fungibilidad" (*Fungibilität).*

3. Valoración final del caso

Resumiendo las conclusiones hasta aquí alcanzadas, se puede afirmar que en el presente caso concurre una autoría mediata en virtud de dominio por organización. Aquí se presenta el elemento fundante de esta clase de autoría mediata: **¡dominio sobre la organización!** Se ha comprobado que existía un *aparato de poder* (aparato estatal) sobre el cual el expresidente ejercía dominio. Él era el jefe (supremo) con poder para dar órdenes y mediante las cuales ponía en movimiento a la organización. Adicionalmente se ha podido observar que el accionar del aparato ocurrió al margen del modelo constitucional y democrático de derecho, y que en la configuración del caso concreto existía *reemplazabilidad* de los ejecutores que podían realizar el hecho punible.

IV. Lineamientos de la doctrina jurisprudencial sobre la autoría mediata en virtud de dominio por organización

1. Un aspecto importante que debe ser resaltado es la toma de postura de la Corte Suprema sobre la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización. En esta sentencia, la Corte Suprema ha asumido por primera vez dicha teoría. Asimismo, ha realizado los primeros lineamientos de la doctrina jurisprudencial sobre esta clase de autoría mediata, estableciendo los requisitos de concurrencia de esta forma de autoría.

A criterio de la Corte Suprema, son requisitos de concurrencia de la autoría mediata en virtud de dominio por organización: *"la efectividad de una 'organización estructurada jerárquicamente' donde exista un conjunto de piezas o instrumentos (intercambiables o fungibles), que cumplen una función determinada, constituidas para acatar o ejecutar las órdenes de las*

---

reemplazabilidad. Cfr. las objeciones de *Schroeder,* Der Täter hinter dem Täter, 1965, p. 168; *Ambos,* Der Allgemeiner Teil des Völkerstrafrechts, 2002, p. 596.

personas con poder para impartirlas"[45]. De esta definición se desprenden claramente dos elementos. En primer lugar, la necesaria concurrencia de una "*organización*". Esta debe estar "estructurada jerárquicamente", lo que posibilitaría a su modo de ver, el cumplimiento de las órdenes del hombre de atrás. En segundo lugar, la *reemplazabilidad* (fungibilidad) de los ejecutores inmediatos. La hipotética negación de realizar el hecho punible por parte del ejecutor no impediría los fines criminales del hombre de atrás, pues habrá otros que lo reemplacen. El ejecutor es pues reemplazable, es una simple ruedecilla de la maquinaria que domina el hombre de atrás.

2. Los lineamientos trazados por la Corte Suprema sobre la autoría mediata en virtud de dominio por organización coincide en lo fundamental con mi concepción[46], -así como también con la concepción de mi maestro, el profesor alemán *Claus Roxin*[47], creador de esta teoría –.

Como he señalado más arriba, el elemento fundamental de esta estructura de imputación es el *dominio sobre la organización*, lo que supone la existencia de la organización o aparato de poder organizado. Características de esta organización son, luego, su *actuación al margen del derecho*, y, por lo general, la *fungibilidad* de los ejecutores inmediatos. La Corte Suprema ha confirmado expresamente que son requisitos de esta clase de autoría la *organización estructurada jerárquicamente* y la *fungibilidad* de los ejecutores. Sobre la "desvinculación del derecho" como característica de esta forma de autoría, la Corte no se ha pronunciado en la sentencia. Creemos que este debe ser el siguiente paso a abordar en la construcción de la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema.

---

45 Sentencia, pp. 74, 75.

46 Sobre mi concepción véase también mis trabajos indicados en la nota 21.

47 Según su opinión, presupuestos de esta forma de autoría mediata serían el dominio sobre la organización, la desvinculación del derecho y la fungibilidad. *Roxin* ha reconocido en trabajos recientes la posible utilidad del criterio "decisión al hecho" para complementar la teoría, pero, se subraya que (únicamente) este criterio no podría *per se* fundamentar nunca una autoría mediata, cfr. sus trabajos publicados en FS-Schroeder, 2006, p. 387 y ss. y ZStrR 125 (2007), S. 1 ff.

V. Consideraciones finales

La sentencia que fue objeto de análisis constituye la primera toma de postura de la Corte Suprema sobre la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización. En ella se asume como válida para la jurisprudencia peruana, la teoría de la autoría mediata por dominio de organización. En la sentencia también se trazan los primeros lineamientos de una doctrina jurisprudencial sobre este tipo de autoría –presupuestos de concurrencia–. Este aspecto es el más relevante de la sentencia y, ciertamente, es un paso positivo de la jurisprudencia de nuestro país. Pese a este primer paso positivo, la Corte Suprema no ha aplicado al caso del expresidente Alberto Fujimori Fujimori la teoría delineada. Con un proceder de inconsecuencia dogmática con los presupuestos establecidos por ella misma –¡*venire contra factum proprium*!–, ha afirmado únicamente la concurrencia de un supuesto de instigación al delito de usurpación de funciones. Este proceder debe ser corregido en futuros pronunciamientos.

La doctrina de la "disposición al hecho"*

–¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización?–

I. Preliminares

Los crímenes cometidos a través de aparatos organizados han generado la preocupación de la doctrina desde hace ya mucho tiempo. Un aspecto importante de esta problemática se centra en la interrogante de cómo se puede fundamentar la responsabilidad de quienes desde altas instancias de mando de una organización ordenan la comisión de crímenes. En 1963, *Claus Roxin*, el maestro de Munich, planteó una solución dogmática a este problema basada en su teoría del "dominio del hecho en virtud de aparatos de poder organizados". La teoría de *Roxin* ha sido reconocida por la doctrina y constituye en la jurisprudencia actual el soporte dogmático para el enjuiciamiento de altos mandos quienes valiéndose de aparatos organizados realizaron múltiples delitos.

En la ciencia del Derecho penal, los estudios dedicados al tema han desarrollado y consolidado la teoría de *Roxin*, aunque también existen concepciones críticas con diferentes aspectos de su teoría. Los puntos temáticos, objeto de discusión, son la problemática de la necesidad y racionalidad de la autoría mediata por organización; su delimitación frente a otras posibles formas de intervención; las características funcionales que debe presentar la organización de la cual se sirve el hombre de atrás; la

---

* Publicado en: JuS-Doctrina & Práctica N.° 12, Lima, diciembre 2007.

viabilidad del concepto de fungibilidad; el criterio de la desvinculación del derecho; su posible aplicación a la criminalidad económica de empresas, entre otros puntos.

El presente trabajo no pretende tratar todos los aspectos de la teoría del dominio por organización. Un estudio detallado de esta teoría agotaría ampliamente el espacio concedido para esta contribución, razón por la cual el presente trabajo se limita al análisis de solo uno de los puntos dogmáticos de la crítica a la teoría de *Roxin*: *"la doctrina de la disposición al hecho"*. Según esta doctrina, la autoría mediata de quien dicta las órdenes para la comisión de hechos criminales se fundamenta no en la *fungibilidad* del ejecutor inmediato como lo sostiene *Roxin*, sino en el argumento de que el hombre de atrás tendría el dominio en razón a que aprovecharía para su plan criminal la "disposición al hecho" del ejecutor inmediato.

II. La concepción de Roxin

1. Quien fundó y desarrolló la teoría de la autoría mediata por dominio de organización fue *Claus Roxin*. En su ponencia[1] pronunciada con motivo del inicio de clases en Hamburgo propuso, por vez primera en la ciencia del Derecho penal, un nuevo supuesto de autoría mediata. Sobre la base del criterio del dominio del hecho elaboró una tesis que permitía imputar responsabilidad penal a título de autores a aquellos que sin ejecutar los hechos directamente se limitaban a dar las órdenes para su comisión.

La novel teoría de *Roxin* implicó en la doctrina la renovación del entendimiento de la autoría mediata, pues hasta entonces, en principio solo se podía imputar responsabilidad a título de autores a quienes sin realizar directamente los hechos, se valían de personas que actuaban sin dolo o actuaban bajo amenaza. El problema que hasta entonces se presentaba era cómo se podía hacer responsable al hombre de atrás por hechos que había realizado otra persona plenamente responsable. *Roxin*[2] planteó la siguiente solución: la autoría mediata es ejercicio de *dominio*

---

1 Su conferencia fue publicada ese mismo año en la revista GA 1963, p. 193 y ss., bajo el título "Delitos en el marco de aparatos de poder organizado". Esta exposición pasó a formar el § 24 de su libro "Täterschaft und Tatherrschaft" publicado en ese mismo año.

2 *Roxin*, GA 1963, p. 193, 200; *el mismo*, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, pp. 242, 243; *el mismo*, AT II, § 25, n. marg. 45, 46, 105.

sobre la voluntad de quien realiza de manera directa el hecho punible y este dominio se presenta, en primer lugar, cuando se obliga al ejecutor directo a realizar el tipo penal (*dominio de la voluntad en virtud de coacción*). En segundo lugar, se puede controlar el suceso criminal desde la sombra, engañando a los ejecutantes y haciéndolos, de este modo, ejecutores inconscientes de su plan delictivo (*dominio de la voluntad en virtud de error*). En tercer lugar, y aquí justamente radica el nuevo aporte, existe también dominio cuando el hombre de atrás se vale del control que posee sobre una organización (*domino de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizado)*[3].

Los "hombres de atrás" no deben responder –según *Roxin*– únicamente como "instigadores", sino que deben hacerlo como "autores", más exactamente como "autores mediatos"[4]. En estos casos el "hombre de atrás" domina la voluntad del ejecutante si da una orden de ejecución del hecho punible a través de un aparato de poder. El autor se sirve a discreción de los órganos de ejecución del aparato de poder organizado para la realización de su plan criminal. El autor no necesita aquí coaccionar o engañar al ejecutor, incluso ni siquiera conocerlo, pues el aparato de poder organizado garantiza por sí solo la ejecución del hecho punible, ya que en caso de incumplimiento de la orden por parte de un determinado ejecutante, hay siempre otro que lo reemplazará en la ejecución[5]. La constelación de casos que *Roxin* tuvo presente en la elaboración de su teoría fueron los crímenes ordenados por Hitler, Himmler, Eichmann y otros mandos políticos y militares del gobierno nacionalsocialista. Para él, en tales casos quienes dictaron las órdenes de exterminio eran autores mediatos, pues ellos estaban colocados en la palanca de un aparato de poder y a través de las órdenes impartidas dieron lugar a delitos en los cuales resultó irrelevante la individualidad de los ejecutantes[6].

---

3 *Roxin*, GA 1963, p. 200; él mismo, Täterschaft, p. 242. Cfr. también su desarrollo posterior en *Roxin*, AT II, § 25, n. marg. 45, 46, 105.

4 LK-*Roxin*, 1992, § 25, n. marg. 128, 129.

5 *Roxin*, AT II, § 25, n. marg. 107.

6 *Roxin*, en: Problemas actuales de la dogmática penal, traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, 2004, p. 224. (cit.: Problemas actuales).

2. *Roxin* desarrolló y amplió su teoría en posteriores trabajos[7]. En la actualidad la estructura dogmática de su teoría presenta características bien definidas. Esta señala que para afirmar una autoría mediata en los casos objeto de estudio debe presentarse, en primer lugar, un "*dominio sobre la organización*". Este dominio supone en el agente la capacidad de dar órdenes que deben cumplirse para el funcionamiento mismo de la organización, siendo indiferente el nivel jerárquico que ocupa el agente, importando únicamente que domine la parte de organización a él sometida. Como cuando un alto funcionario del régimen nacionalsocialista ordenaba el asesinato de reos judíos o la realización de trabajos forzados. Él podía confiar que sus subordinados ejecutarían la orden, es decir, tenía el dominio de la organización y por consiguiente dominaba el evento criminal. En segundo lugar, la organización de la cual se sirve el hombre de atrás debe encontrarse "al margen del Derecho" (*Rechtsgelösheit*). Pertenecen a este tipo de organización los aparatos de poder estatales, organizaciones criminales comunes, como también organizaciones terroristas. *Roxin* subraya que "no importa la calificación que se les dé, sino solamente si están presentes los presupuestos descritos del dominio de la organización. Y ello puede ocurrir tanto en una dictadura que ordena la comisión de delitos como también en el caso del jefe de la mafia o del jefe de una organización terrorista"[8]. Finalmente, en la organización en concreto, debe existir la posibilidad de reemplazar al actor inmediato, es decir, debe concurrir la *fungibilidad* del ejecutor (*Fungibilität*). Por lo tanto es este elemento el que garantizaría al hombre de atrás la realización del hecho[9]. El actor inmediato sería solamente una figura intercambiable, un "engranaje" reemplazable en la maquinaria del aparato de poder"[10]. Sin embargo, la fungibilidad del actor directo no implica una liberación de responsabilidad. El actor inmediato es plenamente responsable y responderá penalmente por su comportamiento (autor directo). De igual

---

7 Sobre el desarrollo de su concepción, cfr. *Roxin*, GA 1963, p. 193 y ss.; *el mismo*; Täterschaft, p. 242 y ss.; *el mismo*, FS-Lange 1976, p. 173 y ss.; *el mismo*, LK-*Roxin*, § 25, n. marg. 128 y ss.; *el mismo*, JZ 1995, p. 49 y s.; *el mismo*, FS-Grünwald 1999, p. 549 y ss.; *el mismo*, en: Amelung (Hrsg.) Individuelle Verantwortung, 2000, p. 55; *el mismo*, NJW-Sonderheft Schäfer, 2002, p. 52 y ss.; *el mismo*, AT II, § 25, n. marg. 105; *el mismo*, FS-Schroeder, 2006, p. 387 y ss.

8 *Roxin*, Problemas actuales, p. 224.

9 *Roxin*, Täterschaft, p. 244, 245; *el mismo*, AT II, § 25, n. marg. 107.

10 Cfr. *Roxin*, Problemas actuales, p. 224; *el mismo*, AT II, § 25, n. marg. 107; *el mismo*, Täterschaft, p. 224, 225.

modo, la responsabilidad del actor directo no libera de responsabilidad al hombre de atrás que dio la orden de ejecución. El hombre de atrás es igualmente responsable (autor mediato) pues domina el evento criminal a través del aparato de poder.

3. En la actualidad, la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización desarrollada por *Roxin* se ha impuesto y constituye opinión dominante[11] en la ciencia alemana. La teoría se viene extendiendo también en la doctrina de los países de tradición jurídica romano-germánica. La fuerza convincente de esta teoría ha motivado su aceptación por la jurisprudencia. En Alemania ha sido asumida por la Corte Suprema (BGH) el 26 de julio de 1994 en su famosa sentencia a los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania –el caso de los disparos del muro– (BGHSt. 40, 218) y, desde aquel entonces, en otras sentencias de gran trascendencia. Además, la teoría de *Roxin* ha tenido un rol protagónico no solamente en el ámbito nacional alemán, sino que traspasando sus fronteras ha pasado a formar parte de la doctrina jurídica internacional. En el Derecho penal internacional[12] tampoco ha pasado desapercibida. Su influencia en este ámbito ha sido tal que, conforme lo pone de relieve *Satzger*[13], habría sido asumida expresamente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional,

---

11 *Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, p. 60; LK-*Busch*, 1970, § 47, n. marg. 48.; *Ebert*, AT, 1993, pp. 180, 198; *Eser*, StrafR II, 1980, Fall 38, n. marg. 25; *Freund*, AT, 1998, § 10, n. marg. 90; *Haft*, AT, 2004, pp. 202, 202; *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, p. 42 y s.; *ders.*, Jura 1990, p. 23 y s.; *Hirsch*, Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht, 1996, p. 22; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), p. 244.; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, 1992, p. 183; *Kreß*, GA 2006, p. 205; *Korn*, NJW 1965, p. 1206; *Kühl*, AT, 2005, § 20, n. marg. 73 y s.; *Küpper*, GA 1998, p. 523 ; *Lackner/Kuhl*, StGB, 2004, § 25, n. marg. 2; *Lampe*, ZStW 106 (1994), p. 743; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT, 1992, § 48, n. marg. 88; M-K *Meyer*, Der Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984, p. 101; *Radtke*, GA 2006, p. 350; *Satzger*, Internationales Strafrecht, 2007, § 14, n. marg. 43; *Sch/Sch/Cramer-Heine*, StGB, 2006, § 25, n. marg. 25; *Schlild*, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, p. 10; *Schultz*, JuS, 1997, p. 111; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, pp. 75, 76; *Schünemann*, FS-Schroeder, p. 401; *ders.*, LK, 2007, § 25, n. marg. 122, basado en su concepción del dominio sobre la razón del resultado; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, 2004, § 12, n. marg. 65, 66, 67; *Vest*, ZStW 113 (2001), p. 492; *Wessels/Beulke*, AT, 2005, n. marg. 541.

12 *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2005, § 7, n. marg. 27 y s.; *el mismo*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung, 2002, p. 568. (cit.: Völkerstrafrecht); *Kreß*, GA 2006, p. 307; *Radke*, GA 2006, p. 350. *Satzger*, Internationales Strafrecht, § 14, n. marg. 43; *Vest*, ZStW 113 (2001), p. 457; *Vogel*, ZStW 114 (2002), S. 427; *Werle*, Völkerstrafrecht, 2003, n. marg. 407.

13 *Satzger*, Internationales Strafrecht, § 14, n. marg. 43.

siendo precisamente en este ámbito donde la teoría de *Roxin* cobraría mayor significado.

III. La "doctrina de la disposición al hecho"

1. Como se ha visto, la teoría de *Roxin* ha sido asumida por la doctrina mayoritaria, aunque no han faltado algunas voces discrepantes que rechazan la teoría totalmente[14]. En una posición intermedia se sitúa parte de la doctrina que se ha plegado a la teoría de *Roxin*, realizando a la vez algunas consideraciones críticas a ciertos aspectos de la estructura dogmática de la autoría mediata por organización.

La *"doctrina de la disposición al hecho"* fue planteada por *Schroeder*[15] en 1965 y constituye una teoría propia[16]. Lejos de postular una autoría mediata por *dominio de organización* como *Roxin*, postuló una autoría mediata en virtud de la *disposición incondicional al hecho* del actor inmediato. En opinión de *Schroeder*, el dominio del hombre de atrás no se fundamentaría en la fungibilidad del ejecutor directo, sino en que este dominio se debería más bien a que el hombre de atrás se aprovecharía y de este modo utilizaría para sus objetivos la *resolución al hecho* del ejecutor inmediato –existente ya antes de la actuación criminal–. En otros términos, lo decisivo sería la resolución a cometer el hecho punible –completo pero condicionado– del ejecutor inmediato.

Según *Schroeder*, en los casos de autoría en virtud de *"disposición al hecho"*, el ejecutor le "trasmite indirectamente" al hombre de atrás que quiere utilizar su libertad de decisión en un determinado sentido, que quiere someterse a él.[17] La declaración incondicional sería: "¡Führer ordena, nosotros te seguimos!"; esta disposición pondría en manos del hombre de atrás el poder cuyo uso lo convierte en autor mediato del

---

14 Se han mostrado críticos con la teoría últimamente *Rotsch*, ZStW 112 (2000), p. 518; *Murmann* GA 1996, p. 269; *Herzberg*, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung, 2000, p. 33; *Otto*, Jura 2001, p. 753; *Zaczyk*, GA 2006, p. 411; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, p. 89.

15 *S chroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965. Esta doctrina fue inicialmente considerada (en parte) por el BGH (BGHSt. 40, 218), pero finalmente abandonada (BGH, JR 6/2004, p. 245)

16 Resaltan el carácter propio de la teoría de *Schroeder* entre otros *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, 2004, p. 60; *Radtke*, GA 2006, p. 350, cita 3.

17 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 166.

delito ordenado[18]. El ejecutor inmediato actuaría libre; sin embargo, el hombre de atrás habría logrado el dominio sobre aquel "a través del comportamiento preexistente a la comisión del hecho"[19]. La "resolución al hecho" fundamentaría así el "dominio del hecho"; luego fundamentaría a la vez la autoría mediata del hombre de atrás. Según esta doctrina, con el criterio de la "disposición al hecho" se obtendría una mayor seguridad en el logro del resultado delictivo. La "resolución al hecho" del ejecutor se convertiría así en la razón principal para la admisión de un dominio de los hombres de atrás y con ello para la fundamentación de una doble autoría (autor detrás del autor)[20].

2. Fundamentada así la autoría mediata del hombre de atrás, la doctrina de la disposición al hecho critica el concepto de "fungibilidad" en la teoría del dominio por organización de *Roxin*. Aquella objeta que "la fungibilidad del órgano ejecutor no sería ningún elemento típico de estas constelaciones de casos"[21], y que no sería decisivo, puesto que en el caso de que los ejecutores inmediatos no sean "suplantables" esto no afectaría en nada la responsabilidad de los hombres que participaron en el evento criminal[22]. Asimismo, el criterio de la fungibilidad no explicaría por qué la acción de una persona concreta fundamenta la autoría mediata del hombre de atrás, pues "también el reemplazo podría negarse a ejecutar el hecho."[23] En conclusión, según la doctrina de la disposición al hecho para la fundamentación de una autoría mediata no sería decisivo la *fungibilidad* del ejecutor inmediato. La automatización del suceso criminal se debería más bien a la disposición incondicional al hecho del ejecutor. *Schroeder*[24] subraya que la verdadera "razón para la admisión de un dominio del hecho del hombre de atrás solo puede radicar en que a través de la fungibilidad puede tener a disposición en todo momento instrumentos predispuestos al hecho". Por tanto, la

---

18 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 152. Él advierte, sin embargo, que esto no regiría para el deber de obediencia contenido en el juramento de la bandera del Dritte Reich y de la República Democrática de Alemania.

19 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 153.

20 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

21 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

22 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

23 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

24 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

fungibilidad "sería solo un medio para lograr el dominio, pero no su fundamento decisivo".

3. En la doctrina peruana, *Meini*[25] defiende una concepción similar. Él considera que la autoría (mediata) por organización se fundamenta en la disposición de los ejecutores a realizar el hecho delictivo. En un importante trabajo sobre los problemas de la autoría y participación en la criminalidad organizada, *Meini* señala que para fundamentar la responsabilidad penal del hombre de atrás por los hechos que realizan los ejecutores, se debe reparar en que el hombre de atrás se aprovecha de la disposición de los ejecutores para realizar el delito. Asimismo, argumenta que "la posibilidad de sustituir a los ejecutores (sin dejar de ser un dato fáctico) confirma que el dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar la orden"[26]. La razón del cumplimiento de las órdenes criminales y la razón "de por qué puede ser sustituido por otro que también ejecutará la orden" sería "su predisposición para llevar a cabo el mandato recibido". Y estando a que "esta predisposición es anterior a su participación en la realización en el hecho delictivo" se trataría "de un presupuesto de su intervención en la ejecución del hecho dominado por el hombre de detrás."[27] Finalmente, concluye *Meini,* "el dominio sobre la organización en virtud del cual se fundamenta la autoría mediata del hombre de atrás en los aparatos de poder, y conforme a la cual el ejecutor del hecho es también un autor responsable, consiste en el aprovechamiento de la disposición de los miembros de la organización para llevar a cabo las órdenes que desde instancias superiores reciban. La posibilidad de sustituir a los ejecutores representa únicamente la existencia de mayores probabilidades de que el hecho se realice, pero no fundamenta dominio alguno"[28].

4. De la concepción de la "doctrina de la disposición al hecho" se desprende también que el concepto de dominio del hecho que emplea, constituye un dominio fáctico sobre el ejecutor inmediato concreto y no

---

25 *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 235 y ss.

26 *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 259.

27 *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 259.

28 *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 262.

un dominio sobre la organización,[29] interesando "únicamente la relación entre el hombre de atrás y el ejecutor".[30] El hombre de atrás domina al ejecutor inmediato en razón a que aprovecharía su resolución al hecho punible. Éste habría renunciado voluntariamente al ejercicio de su libertad, habría ofrecido su libertad al hombre de atrás. Esta oferta sin condición alguna de realizar el hecho punible, fundamentaría aquí la autoría mediata del hombre de atrás que da la orden.

IV. "Disposición al hecho": ¿Fundamento del dominio por organización?

En la ciencia penal alemana, la "doctrina de la disposición al hecho" ha sido criticada severamente[31]. Asimismo, el intento de sustitución del concepto de fungibilidad por el criterio de la "predisposición al hecho" ha tenido casi nula recepción.[32] Antes de introducirnos en la crítica de esta doctrina, plantearemos brevemente algunos fundamentos de la teoría del dominio por organización.

1. Fundamentos irrenunciables de la teoría del dominio por organización – Concepción personal

1. Autor es la figura central del acontecimiento criminal, partícipe es quien interviene en el delito con contribuciones secundarias. Según el criterio del *dominio del hecho*, aplicable a la mayor parte de los delitos[33], autor es quien posee el dominio de los sucesos delictivos, pudiendo pre-

---

29 Esta característica es también resaltada por *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, p. 61.

30 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 143, 169; *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 258, 259.

31 Cfr. *Ambos*, GA 1998, p. 230; *Roxin*, AT II, § 25, n. marg. 134; *el mismo*,; JZ 1995, p. 51; *Rotsch* 1998, p. 143; *el mismo*, ZStW 112 (2000), p. 525; *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, p. 49 y s.; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, p. 186.; *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, p. 159; *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, p. 363 (cit.: Zurechnungstypus); *Jakobs*, NStZ 95, p. 27; *Murmann*, GA p. 272, cita 32.; *Wohlers* ZStW 108 (1996), p. 72.

32 La jurisprudencia actual del BGH ha abandonado totalmente la inicial tendencia subjetiva (apoyada en parte en la teoría de *Schroeder*) y se fundamenta hoy en una doctrina de la "utilización de condiciones marco" (*Rahmenbedingungen*), cfr, BGHSt. 48, 331; BGHSt. 49, 147.

33 El dominio del hecho no es el único criterio de autoría, junto a él se encuentra el criterio de la "infracción del deber" para delitos que suponen una especial posición de deber en la persona

sentarse una autoría directa, una autoría mediata o una coautoría. En la autoría mediata (realización del hecho punible *"por medio de otro"*, según el art. 23 CP), el hombre de atrás tiene el dominio del acontecimiento delictivo debido, en principio, a que se aprovecha y utiliza como *instrumento*[34] a otra persona –el ejecutor inmediato– que se encuentra bajo error o bajo amenaza; pero también se presenta una autoría mediata cuando el hombre de atrás ordena la comisión del hecho punible a través de un aparato de poder sobre el cual tiene dominio[35]. El dominio sobre la organización le otorga al hombre de atrás un dominio sobre la producción del resultado que materialmente es realizado por un órgano de ejecución del aparato organizado: el ejecutor inmediato. Por consiguiente, se trata de un dominio concreto sobre la organización, y no de un dominio fáctico sobre el ejecutor inmediato[36]. La fundamentación de autoría mediata no puede basarse en el dominio o control del intermediario[37], pues el ejecutor inmediato es una persona libre y responsable en la realización de sus propias acciones.

2. El elemento fundamental de la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización lo constituye el dominio sobre la organización. Este dominio es el que permite al hombre de atrás "realizar" el crimen. El dominio sobre la organización posibilita a su vez el dominio del logro del resultado típico. *Características* de este dominio son la actuación fuera del Derecho y la *–por lo general–* reemplazabilidad de los órganos de ejecución de la organización.

---

del autor (*Pflichtdelikte*). Para la discusión véase en la doctrina peruana, *Abanto Vásquez*, RP 14 (2004), p. 3 y ss.; *Caro John*; ADP (2003), p. 49 y ss. En Alemania, *Roxin*, Täterschaft, p. 352 y ss.

34 *Stratenwerth/ Kühlen*, AT I, § 12, n. marg. 30; *Wessels/Beulke*, AT, § 13, n. marg. 535; *Kühl*, AT, § 20, n. marg. 38; LK-*Schünemann*, § 25, n. marg. 69, 70.

35 *Eser*, StrafR II, Fall 38, n. marg. 25; *Freund*, AT 1998, § 10, n. marg. 90; *Hirsch*, Rechtsstaatliches Strafrecht, p. 22; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), p. 244.; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, p. 183; *Kreß*, GA 2006, p. 205; *Kühl*, AT, § 20, n. marg. 73 y s.; *Küpper*, GA 1998, p. 523; *Lampe*, ZStW 106 (1994), p. 743; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT, § 48, n. marg. 88; *Radtke*, GA 2006, p. 350; *Satzger*, Internationales Strafrecht, § 14, n. marg. 43; *Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, p. 10; *Schultz*, JuS 1997, p. 111; *Schünemann*, FS-Schroeder, p. 401; *el mismo*, LK, § 25, n. marg. 122; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 12, n. marg. 65, 66, 67; *Vest*, ZStW 113 (2001), p. 492; *Wessels/Beulke*, AT, n. marg. 541.

36 Cfr. también *Schlösser*, GA 2007, p. 164.

37 *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, p. 148 y s.; *Ambos*, GA 98, 226; *Bloy*, Zurechnungstypus, p. 345; *el mismo*, GA 96, p. 441.

En este contexto, el dominio del hecho en virtud de dominio por organización implica el dominio de un aparato de poder o de una organización. La estructura organizacional y funcional del aparato debe estar conformada de modo tal que las órdenes de los "jefes supremos", "líderes" o "mandos", sean ejecutadas "automáticamente". La estructura jerárquicamente organizada permite la automaticidad en el cumplimiento de las órdenes. Sobre este tipo de organización se fundamenta el dominio del acontecimiento criminal. Siendo esto así, en organizaciones de este tipo la medida de responsabilidad por los hechos cometidos se incrementará en la medida en que se ascienda en la jerarquía de la organización. Esta asignación de responsabilidad fue puesta de relieve y empleada por el Tribunal de Jerusalén en el juicio de *Eichmann* por los crímenes cometidos durante el régimen nacionalsocialista. Allí, se señaló que la cercanía o la distancia a los ejecutores materiales no debía tener mayor influencia en la responsabilidad, por el contrario la responsabilidad se incrementaría en la medida que se aleje de los ejecutores materiales y se acerque a la cumbre de la jerarquía.

En este marco, un elemento que contribuye al aseguramiento del resultado típico lo constituye la actuación al margen del derecho de la organización ("desvinculación del derecho")[38]. Pues una organización que actúa ilegalmente tiene procesos de funcionamiento propios que se distancian de un funcionamiento "normal" y que posibilitan de esta manera el cumplimiento de sus objetivos[39]. La otra característica dogmática del dominio por organización es la reemplazabilidad del órgano de ejecución, es decir, la posibilidad de sustituir al ejecutor que *Roxin* designaba con el término "*Fungibilität*"[40]. Esta posibilidad de reemplazar al ejecutor por otro aseguraría el cumplimiento de las órdenes criminales, en caso que el actor inicial falle o se desista del intento; el ejecutor constituye una simple pieza en la maquinaria que es la organización.[41] El significado del ejecutor para la organización no es determinante, es simplemente un ór-

38 Cfr. también MK-*Joecks*, § 25, n. marg. 132 y s.; *Roxin*, FS-Gründwald, 1999, p. 556; *el mismo*, AT II, § 25, n. marg. 130; *Heine*, Eser-Festgabe, 1995, p. 63; LK-*Schünemann*, § 25, n. marg. 130; *Brammsen*, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung, 134.

39 Este elemento permitiría a su vez, limitar el ámbito de aplicación de la teoría y de este modo evitar el peligro de su posible degeneración, garantizando así su legitimidad.

40 *Roxin*, Täterschaft, p. 245.

41 En este sentido también *Bloy*, Zurechnungstypus, p. 345.

gano ejecutor de las "importantes" decisiones de los altos mandos. La individualidad del órgano ejecutor no es de relevancia, es más, en la mayoría de los casos no existirá un contacto personal entre el alto mando que imparte las órdenes y el ejecutor. El hombre de atrás tiene un dominio actual del evento criminal –en la consecución del resultado típico–, no porque domine a la persona que realiza la acción típica, sino porque domina a la organización cuyos órganos de ejecución son *normalmente*[42] reemplazables. De otro lado, el rol central del hombre de atrás (como autor) no elimina, en absoluto, la responsabilidad del ejecutor como autor directo[43]. Al mismo tiempo, esta actuación responsable del ejecutor no evita la responsabilidad, como autor mediato, del alto mando que imparte las órdenes criminales. La imputación de la autoría en cada caso concreto se basa en diferentes fundamentos dogmáticos.

3. La estructura de la autoría mediata en virtud de dominio por organización descrita en este trabajo constituye el *núcleo duro* irrenunciable en la concepción aquí desarrollada. La autoría mediata solo puede ser fundamentada en el dominio que ejerce el hombre de atrás sobre una organización, cuya actuación en el caso concreto se produce fuera del Derecho y que *normalmente* cuenta con ejecutores reemplazables. El desarrollo que se produzca en la dogmática penal debe conllevar a una mayor definición de esta teoría.[44]

De la concepción aquí sostenida se desprende también, que la construcción dogmática de la autoría mediata en virtud de dominio por organización no constituye una doctrina que sirva para salvar casos de insuficiencia probatoria[45]. La aplicación de la teoría tiene presupuestos claros y ella se produce cuando estos presupuestos concurren en el caso concreto.

---

42 La reemplazabilidad (fungibilidad) constituye una característica del dominio por organización, pero no es el elemento fundador. Cfr. sobre la discusión del concepto de fungibilidad LK-*Schünemann*, § 25, n. marg. 127.

43 Cfr. también *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, 2000, p. 82. (cit.: Die Beteiligtenstrafbarkeit).

44 *Roxin*, Täterschaft, p. 707, ha reconocido la posible utilidad del criterio "decisión al hecho" para complementar la teoría, pero, al igual que aquí, subraya que este criterio no podría *per se* fundamentar nunca una autoría mediata.

45 *Rotsch*, NStZ 2005, p. 13, critica que la teoría podría utilizarse para salvar casos de insuficiencia probatoria.

Del mismo modo, queda claro que esta teoría no es de aplicación ilimitada para todos los casos de criminalidad mediante organizaciones. No toda conducta del hombre de atrás constituye una autoría mediata. El hombre de atrás también podría intervenir en el marco de sus actividades ilícitas a título de coautor o de instigador. La estructura dogmática de la autoría mediata por dominio de organización tiene una clara y racional estructura y un ámbito de aplicación limitado. En resumen, el dominio por organización no es pues un modelo teórico que se aplique en todas las constelaciones imaginables[46].

2. Crítica a la "doctrina de la disposición al hecho"

Fundamentada así la teoría, queda claro que el criterio de la "disposición al hecho" no puede constituir fundamento del dominio por organización. En las líneas que siguen presentamos algunas consideraciones críticas.

1. *La disposición al hecho (condicionada o incondicional) no fundamenta el dominio del hecho.* La concepción de dominio que defiende la "doctrina de la predisposición al hecho" debe ser rechazada, pues se basa en el dominio que ejercería el hombre de atrás sobre el ejecutor por medio del aprovechamiento de su "disposición al hecho". Para este sector doctrinal, se trataría, al mismo tiempo, de un dominio que pone con relación al hombre de atrás con el ejecutor[47]; es decir, interesaría "únicamente la relación entre el hombre de atrás y el ejecutor".[48] Sin embargo, como fue señalado más arriba, el dominio en la realización del evento criminal se fundamenta en el dominio que se ejerce sobre la organización. A través de este dominio se "asegura" la realización del tipo, incluso si el ejecutor no esta "predispuesto", "resuelto" o "decidido" al hecho. En consecuencia, el aprovechamiento de la simple predisposición al hecho del ejecutor (condicionada o incondicional) no puede fundamentar el dominio sobre la organización. Además, se debe reparar en que el "dominio" de la autoría mediata en virtud de dominio por organización presupone siempre

---

46 En este sentido también *Radtke*, GA 2006, p. 355; *Roxin*, FS-Schroeder, p. 395 y s.

47 *Schroeder*, der Täter hinter dem Täter, p. 143, 166.

48 *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 258, 259.

una relación de dominio del hombre de atrás sobre la organización y no un dominio sobre el ejecutor[49].

De otro lado, en muchos de los crímenes ejecutados por medio de aparatos organizados (como p.e. en los cometidos por Hitler o Videla) no todos los ejecutores directos estaban "predispuestos" a realizar dichos crímenes. Pese a ello, los delitos cometidos por los ejecutores les hubieran sido imputados a título de autoría (mediata). En este mismo sentido, ha subrayado *Roxin*[50] que la realización inmediata de la orden de disparo impartida no depende en absoluto de la "disposición incondicional" del comisionado con la orden. Muchos se habrían sustraído de las órdenes criminales con astucia o las habrían cumplido solamente para evitar inconvenientes personales de consideración. Lo especial del dominio por organización "radica justamente en que el funcionamiento y con él la realización del tipo penal está asegurado independientemente de la existencia o inexistencia de la disposición incondicional al hecho"[51]. También *Jakobs*[52], quien incluso es un crítico de la teoría aquí desarrollada, niega que el empleo de un "decidido al hecho" pueda fundamentar una autoría mediata. Una disposición al hecho independiente –señala *Jakobs*– habría faltado con seguridad en un gran número de ejecutores en los tiempos del nacionalsocialismo. Una decisión autónoma contradiría el "*Führerprinzip*". Asimismo, *Otto*[53] ha llamado la atención sobre la inidoneidad del criterio de la "predisposición al hecho". En su opinión, si el hombre de atrás sabe que el ejecutor directo está resuelto al hecho (incondicionalmente) y que, por lo tanto, le falta fuerza de resistencia al delito, podría utilizarlo para sus propios planes (criminales). Luego, añade lo siguiente: "Pero en este conocimiento no hay ningún dominio sobre el ejecutor decidido al hecho". Dada la resolución al hecho del ejecutor podría esperarse la realización del hecho punible, pero con este confiar o esperar no se domina nada todavía. La "resolución al hecho incondicional y la falta de fuerza de resistencia no fundamentan todavía ninguna posición de dominio del

---

49 Cfr. también *Schlösser*, GA 2007, p. 164. *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit, p. 92; *Bloy*, GA 1996, p. 424, 425; *Roxin*, FS-Schroeder, p. 392.

50 *Roxin*, JZ 1995, p. 51.

51 *Roxin*, JZ 1995, p. 51.

52 *Jakobs*, AT, 1991, 21/102; cita 190.

53 *Otto*, Jura, pp. 757, 758.

hombre de atrás"[54]. Ni siquiera *Ambos*, quien realiza un minucioso estudio crítico sobre la autoría por organización y presenta propuestas críticas contra la teoría de *Roxin*, ha considerado la posibilidad de reemplazar el concepto de "fungibilidad" por el de "disposición al hecho".[55]

2. *El criterio de la "disposición al hecho" elimina una clara delimitación entre autoría mediata e instigación.* La doctrina de la "predisposición al hecho" debe ser rechazada porque en los hechos, elimina una delimitación confiable entre autoría mediata e instigación. Esta doctrina echa por la borda los parámetros de distinción alcanzados por la ciencia. Según *Schroeder*, el hombre de atrás sería autor mediato pues habría utilizado a una persona resuelta al hecho. En el centro de su argumentación está pues el concepto "inseguridad típica en el logro del resultado"[56] que sería característico del partícipe y que faltaría en los casos donde se utiliza un ejecutor decidido al hecho[57]. Según su concepción, la distinción de la autoría mediata respecto de la instigación radicaría en el grado de seguridad del logro del resultado típico. Si en el caso concreto existiese inseguridad en la realización del resultado estaríamos ante una instigación; por el contrario, si existiese seguridad en la realización del resultado se trataría de una autoría (mediata). Sin embargo, este criterio no resulta convincente. ¡El grado de seguridad en el logro del resultado típico no constituye criterio adecuado para distinguir las distintas formas de intervención en el delito! Ello porque en principio, una seguridad total en el logro de los resultados no existe casi en ningún caso. De otro lado, en la constelación de casos de la autoría mediata esto se observa con mayor claridad, pues nunca se puede estar totalmente seguro de la actuación del ejecutor directo. Una seguridad tal sería únicamente posible si el comportamiento del tercero (ejecutor) fuera equiparable con las fuerzas de la

---

54 *Otto*, Jura, pp. 757, 758.

55 *Ambos*, Völkerstrafrecht, p. 614 propone más bien una fundamentación normativa basada en "el dominio del Estado sobre la relación de reconocimiento hacia y entre los ciudadanos". Cfr. al respecto también su último estudio sobre el dominio por organización en: RBCC 68 (2007), pp. 82, 83, 84, 104, 105.

56 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, pp. 150, 196 y s.

57 *Bloy*, Zurechnungstypus, p. 362 pone de relieve esta característica en la concepción de *Schroeder*.

naturaleza determinadas causalmente –gracias a la resolución al hecho ya existente–[58]; sin embargo, esto resulta simplemente inconcebible[59].

Además, si como señala *Schroeder* la disposición al hecho en el ejecutor debe presentarse antes de la ejecución del hecho, entonces puede afirmarse con razón que la inseguridad será siempre la misma, no pudiéndose distinguir con objetividad si se trata de un caso de autoría o instigación[60]. Podría afirmarse que incluso tratándose de este tipo de criminalidad, la inseguridad en la producción del resultado estará siempre presente; luego, debe concurrir siempre una instigación y no una autoría mediata como lo propugna la "doctrina de la disposición". Aquí debe subrayarse la crítica de *Rotsch*[61], quien afirma que si bien *Schroeder*[62] afirma que cuando se utiliza a un actor decidido al hecho, falta la inseguridad que siempre está en la instigación; sin embargo, él hace de esta inseguridad en la producción del resultado el elemento constitutivo de la autoría. Esto sería así, puesto que si *Schroeder* se apoya expresamente en la disposición hacia la realización del delito existente antes de la comisión de hecho, entonces queda claro que no existe diferencia alguna respecto de la situación de la instigación. El actor inmediato tiene la posibilidad de prescindir de la comisión del hecho siempre, al igual que el instigado (p.e. porque repentínamente le sobreviene un cargo de conciencia). Esto se pone de relieve más aún, cuando en la fundamentación de la teoría se apela a una disposición del ejecutor condicionada. Por lo demás, la resistencia psíquica en el caso de la instigación sería la misma que en el caso de autoría mediata que propone *Schroeder*.

En resumen, la "disposición al hecho" no es pues un criterio seguro y adecuado para determinar y delimitar la autoría en estos casos; muy por el contrario, en muchos casos este criterio conduce a afirmar una instigación. La doctrina de la disposición al hecho elimina de este modo una delimitación segura y confiable entre las distintas formas de inter-

58 *Bloy*, Zurechnungstypus, p. 362.

59 Cfr. también *Villa Stein*, PG, 2014, p. 382.

60 *Rotsch*, ZStW (2000), p. 525, 526; *Heine*, Eser-Festgabe, p. 66;*Roxin*, JZ 1995, p. 51; *Ambos*, GA (1998), p. 230; *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit, p. 87.

61 *Rotsch*, ZStW 112 (2000), S. 525; *ders.*, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998, p. 143.

62 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 150.

vención en el delito. Esto se pone de relieve también, si consideramos –como lo hace este sector doctrinal– que la "disposición al hecho" significa un "ofrecerse"[63] a realizar el delito y el comportamiento del hombre de atrás, un "aceptar el ofrecimiento" del ejecutor. Aquí queda claro que esta "aceptación" constituye un caso de instigación y no un caso de autoría mediata como pretende la doctrina de la disposición al hecho[64]. Así por ejemplo, está fuera de duda en la doctrina que quien se vale de un asesino a sueldo (sicario) para la comisión de un delito responde penalmente a título de instigador[65]. Si el sicario[66] se "ofrece" para la comisión de un homicidio y la persona de atrás "acepta este ofrecimiento" y como consecuencia de ello el sicario da muerte a la víctima, entonces el hombre de atrás responderá como instigador[67] y no como autor mediato como pretende la doctrina de la disposición al hecho.

Como se puede observar el criterio de la "disposición al hecho" no lleva necesariamente a la autoría (mediata); luego, no puede constituir un criterio dogmáticamente seguro que permita distinguir autoría mediata de instigación. El peligro de una desaparición de fronteras claras entre la autoría mediata e instigación al que lleva la doctrina de la predisposición al hecho, ha sido denunciado en la doctrina también por algunos autores como *Ambos*[68], *Schlösser*[69], *Rotsch*[70], *Wohlers*[71] entre otros.

---

63 En este sentido también *Roxin*, JZ 1995, p. 51; *Ambos*, GA (1998), p. 230 y s.; *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit, p. 87.

64 Comparten esta crítica contra la doctrina de la disposición al hecho en la ciencia alemana entre otros, *Wohlers*, ZStW 108 (1996), p. 72; *Roxin*, JZ 1995, p. 51.

65 *Hurtado Pozo*, PG II, 2011, p. 169. Con mayores referencias bibliográficas *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, § 51, n. marg. 9.

66 El caso del sicario, dispuesto de modo general al delito, no constituye un supuesto de *omnimodo facturus*, Cfr. *Jakobs*, AT, 22/24; *Jescheck/Weigend*, AT, p. 689; LK-*Schünemann*, § 26, n. marg. 18; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I, § 12, n. marg. 144. También *Villa Stein*, PG, 2014, p. 391, reconoce que no se daría un caso de instigación si el autor ya había decidido con anterioridad la comisión del delito. Cfr. también *Villavicencio Terreros*, PG, 2009, n. marg. 1150; *Hurtado Pozo*, PG II, p. 169 y ss.

67 Pero para *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 151, esta conducta del sicario constituiría un supuesto de autoría mediata, opinión que no es compartida por la doctrina dominante.

68 *Ambos*, GA (1998), p. 230 y s.

69 *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, p. 161.

70 *Rotsch*, ZStW (2000), p. 525 y s.

71 *Wohlers*, ZStW 108 (1996), p. 72.

3. *El carácter subjetivo de la predisposición al hecho lleva a una teoría subjetiva en la delimitación entre autoría y participación.* El recurso al criterio de la "predisposición al hecho" lleva a una fundamentación subjetiva, similar a la ya superada doctrina subjetiva de la autoría que solía determinar y delimitar a autores y partícipes según la actitud interna de estos (*animus auctoris – animus socii*). Un criterio subjetivo como este no puede constituir un parámetro de determinación de la autoría, tampoco de la autoría mediata. También desde una perspectiva práctica se debe rechazar este criterio (subjetivo), pues es difícil de constatar su concurrencia en el caso concreto, convirtiéndose así en un elemento inseguro que conlleva a un arbitrario "decisionismo" de los jueces. *Herzberg* critica igualmente el criterio de la firmeza de la resolución al hecho de la *otra* persona, pues este sería para los jueces de difícil acceso, este criterio no se podría probar como tampoco negar. Seguidamente *Herzberg* sentencia: es probable que el mismo ejecutor "no haya sabido, cual sería su firmeza en el momento decisivo." Un "criterio vacío" como este, llevaría en la práctica siempre a la afirmación de una participación –por mandato del principio "*in dubio pro reo*"–. Donde se precisa ilustración y seguridad, decidiría el azar[72].

4. *El aprovechamiento de la predisposicón al hecho del ejecutor no conduce siempre a la autoría.* Se ha discutido también –en un ámbito de aplicación más amplio– sobre la idoneidad del criterio de la "predisposición al hecho" para fundamentar la autoría de quien utiliza para sus fines a una persona predispuesta al hecho punible. Por ejemplo, el caso del padre que está predispuesto a matar al novio de su hija. Ella, que ha tenido una discusión con su novio, quiere vengarse mortalmente de él y para ello revela a su padre el lugar donde se encuentra el novio. El padre cumple con matar al novio. La interrogante de esta constelación se resume en la siguiente pregunta: ¿es la hija autora mediata del homicidio? Según la concepción de la doctrina de la disposición al hecho habría que afirmar la autoría mediata[73], pues la hija se habría valido para sus planes de una persona predispuesta al hecho, habiendo colocado la condición decisiva. Pero este resultado no convence. Por lo demás, la doctrina casi unánime niega en este caso una autoría (mediata) y afirma –por el contrario– un

72 *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, p. 49.

73 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

comportamiento de participación. Tras este razonamiento queda claro que el criterio de la predisposición al hecho no convence en el tratamiento de la autoría en el ámbito tradicional de la imputación personal, luego surge la interrogante de cómo podría ser empleado válidamente en el ámbito de la criminalidad mediante organización.

5. *La predisposición al hecho no constituye la razón de la fungibilidad.* Para *Schroeder* la razón del dominio del hecho del hombre de atrás radica en que "a través de la fungibilidad se puede tener a disposición instrumentos dispuestos al hecho en todo momento"[74]. La fungibilidad "sería solo un medio para lograr el dominio, pero no su fundamento decisivo"[75]. Sin embargo, esta argumentación de *Schroeder* le resta fuerza a la crítica formulada a la concepción aquí defendida. Si la fungibilidad posibilita que se pueda tener a disposición en todo momento ejecutores (predispuestos al hecho o no), entonces se confirma que esta característica (la fungibilidad) es importante pues posibilita justamente que se pueda contar con ejecutores de reemplazo que asegurarían el logro del resultado típico. La circunstancia de que el ejecutor (que está a disposición en todo momento *gracias a la fungibilidad*) esté resuelto al hecho o no, no afectará en nada la realización del evento criminal.

Meini coincide con *Schroeder* en esta argumentación y afirma adicionalmente que si cuando el ejecutor "se desiste otro le reemplaza y se *asegura así el cumplimiento de la orden,* es porque el reemplazante, al igual que la mayoría de los que componen el colectivo de ejecutores, están dispuestos a ejecutar la orden"[76]. Pero aquí se puede observar con claridad que la orden no se asegura por la "disposición al hecho", sino por la reemplazabilidad de los órganos ejecutores, pues si se prescinde de la fungibilidad; es decir, si no se cuenta con ejecutores de reemplazo (decididos al hecho o no) no se podrá cumplir con el plan criminal del hombre de atrás –en el lejano e hipotético caso en que el primer ejecutor se niege a hacerlo –. De la afirmación de *Meini* se desprende también que en los hechos la verdadera razón del aseguramiento del cumplimiento de la orden es el "dato fáctico" de la existencia de otros ejecutores que realizarán la orden. El "porqué de este cumplimiento"; es decir, si es porque

74 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

75 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

76 *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 259.

se encuentran bajo presión, por miedo, por sadismo, por crueldad, por convencimiento, por tener la conciencia de su reemplazabilidad, implica una búsqueda en lo más profundo de la *psiquis* de los ejecutores, que en última instancia podría extraerse de una investigación criminológica que apele a la psicología criminal. Pero, con todo, el porqué este nuevo reemplanzante ejecuta la orden no es de relevancia aquí para la imputación normativa –su afirmación o negación no afecta en nada los criterios dogmáticos de imputación esbozados–. Lo relevante para la imputación no es el contenido o tendencia subjetiva del ejecutor (sea la disposición al hecho u otro estado), sino el dominio sobre la organización[77] que le posibilita hacer que sus órdenes sean ejecutadas por los órganos de ejecución.

Sin embargo, *Meini* afirma también que la razón "de por qué [el ejecutor] puede ser sustituido por otro que también ejecutará la orden, es su predisposición para llevar a cabo el mandato recibido"[78]. No obstante, este argumento no convence. Con esta tesis él señalaría que la razón de la *fungibilidad* sería la *predisposición al hecho,* es decir, este razonamiento supondría que sin la predisposición al hecho no existiría la posibilidad de sustituir al ejecutor por otro que también ejecutará la orden (fungibilidad). Sin embargo, esta afirmación contradice su anterior tesis según la cual la fungibilidad sería un dato fáctico y además conduce a la consecuencia inadmisible de que la existencia de un "dato fáctico" dependería de una disposición subjetiva del ejecutor.

VI. Consideraciones finales

La claridad dogmática de la teoría del dominio por organización ha ejercido gran influencia en la doctrina. En la jurisprudencia sirve hoy de fundamento dogmático para resolver casos en los cuales altos mandos de una organización ordenan la comisión de crímenes. El intento de reemplazar el criterio de la reemplazabilidad (*fungibilidad*) por el impreciso y problemático criterio de "disposición al hecho" no conduce a la consolidación de la teoría del dominio por organización.

---

77 *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit, p. 92; *Schlösser*, GA 2007, p. 164; *Bloy*, GA 1996, p. 424, 425; *Roxin*, FS-Schroeder, p. 392.

78 *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 259.

¿Debe fundamentarse la "autoría mediata en virtud de dominio por organización" en la "disposición al hecho"?*

–A propósito de la acusación fiscal contra el expresidente Alberto Fujimori Fujimori–

I. Preliminares

El 29 de octubre del 2007, la Primera Fiscalía Suprema Penal del Perú formuló acusación contra el expresidente de la República Alberto Fujimori Fujimori por la presunta comisión de los crímenes de asesinato, lesiones graves y secuestro. El fundamento dogmático de la acusación tiene como base la "teoría de la autoría mediata por dominio de organización" que fuera fundada por el profesor alemán *Claus Roxin* y que sirvió para el juzgamiento de diversos crímenes de Estado. Sin embargo, llama la atención que la Fiscalía, en la fundamentación de la teoría, se apoye en la "doctrina de la disposición al hecho". De esta manera, la Fiscalía Suprema se estaría apartando de la interpretación tradicional de la teoría del dominio del hecho por organización tal como fuera esbozada por su fundador, como es entendida por la doctrina mayoritaria, como fuera considerada en Argentina en el juzgamiento de Jorge Videla y otros miembros de la Junta Militar Argentina y como fuera utilizada por la Corte Suprema de Chile en la sentencia que concedió la extradición del expresidente Alberto Fujimori.

---

* Publicado en: Actualidad Jurídica, Lima, diciembre 2007, tomo 169.

El presente trabajo postula que la fundamentación de la autoría mediata por dominio de organización no puede basarse en la "predisposición del ejecutor a realizar el hecho punible", como pretende la Fiscalía Suprema, sino que por el contrario, la autoría mediata por organización se fundamenta en el *dominio* que ejerce el hombre de atrás sobre la organización; siendo, además, características de este dominio que la actuación se produzca al margen del Derecho y que *–por lo general–* exista una reemplazabilidad del ejecutor inmediato.

En las líneas que siguen, luego de realizar algunas observaciones críticas a la argumentación de la Fiscalía, se hace un llamado al "regreso" a los principios (*nucleo duro*) de esta teoría que bien puede ser aplicada al caso del expresidente Fujimori.

II. Fundamentación dogmática de la acusación formulada por la Fiscalía Suprema Penal

1. En su acusación[1], la Primera Fiscalía Suprema Penal afirma la responsabilidad penal del expresidente de la República del Perú, Alberto Fujimori Fujimori, por los delitos de asesinato, lesiones graves y secuestro a título de autor mediato. La Fiscalía Suprema imputa penalmente al expresidente haber ordenado –en el marco de una política de lucha contra el terrorismo en los años 1991 y 1992– el asesinato de estudiantes de la Universidad Enrique Guzmán y Valle – La Cantuta; el asesinato de diversos ciudadanos en Barrios Altos (Lima); así como también, el secuestro de personas que eran llevadas a los sótanos del Servicio de Inteligencia del Ejercito. Los crímenes ordenados habrían sido ejecutados materialmente por un grupo de militares del Ejército (Grupo Colina) formado precisamente para este tipo de acciones. La orden habría sido transmitida a través de la jerarquía funcional del aparato de poder, de tal modo que el expresidente no tuvo contacto personal con el Grupo Colina.

2. La Fiscalía Suprema sustenta la autoría mediata del ex presidente en la existencia de un aparato de poder estructurado jerárquicamente; y, en la predisposición de los ejecutores. Respecto al primer presupuesto,

---

1 Acusación de la Primera Fiscalía Suprema Penal: Dictamen N.º 2275-2007-1.ª FSP-MPFN (cit.: Acusación). El dictamen publicado en: http://www.mpfn.gob.pe/informe-detalle.php?id=113#.

afirma que se trataría de "un aparato de poder estructurado jerárquicamente en el que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato"[2]. Sobre el segundo elemento señala[3] que "esta predisposición solo puede apreciarse desde la óptica de un injusto de organización, en el cual el autor mediato tiene el convencimiento de que su orden será cumplida, con independencia de la identidad del sujeto, por algún miembro del colectivo de potenciales ejecutores, que integran la organización criminal". Los ejecutores serían "parte de una organización a la cual voluntariamente prestan sus servicios y que el hombre de atrás, al utilizar la funcionalidad de la organización, se aprovecha de la disposición de los ejecutores para realizar el delito". En este contexto, la posibilidad de sustituir a los ejecutores confirmaría que "el dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición de los ejecutores para realizar la orden".

3. De la argumentación dogmática realizada se desprende que la Fiscalía Suprema fundamenta la responsabilidad penal del expresidente Alberto Fujimori en la "teoría de la autoría mediata por dominio de organización"; y que presupuestos de esta teoría serían, primero, un "aparato de poder" jerárquicamente estructurado, y segundo, la "predisposición de los ejecutores".

La construcción dogmática elegida para fundamentar la acusación –"la teoría del dominio por organización"– es correcta, pues la misma ofrece una construcción dogmática sólida que permite imputar responsabilidad penal a los "jefes supremos", "altos mandos" o "jefes" que ordenan la comisión de crímenes a través de aparatos de poder. Sin embargo, cuando la Fiscalía fundamenta los presupuestos de la teoría del dominio por organización recurre a una concepción dogmática poco convincente. Sobre el primer "elemento" no existe mayor objeción, sino solo precisar que presupuesto de la autoría mediata no es "*el aparato de poder*", sino el "*dominio sobre el aparato de poder*" que debe tener quien dicta las órdenes criminales. Así lo ha reconocido también la Fiscalía más adelante, cuando señala que "el dominio del hombre de atrás se encuentra supeditado al dominio directo que tiene sobre el aparato de poder, el cual,

---

2 Acusación, p. 21.

3 Acusación, pp. 22, 23.

independientemente de la identidad de sus miembros, debido a su propia estructura, organización y la forma cómo funciona, mantiene y desarrolla sus propios procesos reglados"[4]. Es el segundo elemento utilizado por la Fiscalía Suprema el que llama la atención, es decir, la *"predisposición de los ejecutores"* como presupuesto del dominio por organización. También resultan llamativas las afirmaciones por ella hechas como: "el hombre de atrás, al utilizar la funcionalidad de la organización, se aprovecha de la disposición de los ejecutores para realizar el delito"[5] y "la posibilidad de sustituir a los ejecutores confirma que el dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición de los ejecutores para realizar la orden"[6].

Con esta argumentación, la Fiscalía Suprema termina asumiendo de facto la llamada *"doctrina de la disposición del hecho"* y se aparta de la "teoría del dominio por organización" en los términos en que la formulara *Roxin* y como lo interpreta la doctrina mayoritaria. Con esta postura la Fiscalía también se distancia de la teoría del dominio por organización, tal como fue considerada en el juzgamiento de Jorge Videla y otros miembros de la Junta militar argentina, y como fue empleada por la Corte Suprema de Chile en la sentencia que concedió la extradición del expresidente Alberto Fujimori.

III. La "doctrina de la disposición al hecho"

1. La *"doctrina de la disposición al hecho"*, que fue fundada por *Schroeder*,[7] constituye una teoría propia[8] y distinta a la teoría del dominio por organización de *Roxin*.

---

4 Acusación, p. 22, 23.

5 Acusación, p. 22.

6 Acusación, p. 23.

7 Esta doctrina fue planteada en 1965 por *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, la cual fue inicialmente considerada (en parte) por el BGH (BGHSt. 40, 218), pero finalmente abandonada (BGH, JR 6/2004, p. 245)

8 Resaltan el carácter propio de la teoría de *Schroeder* entre otros *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, 2004, p. 60; *Radtke*, GA 2006, p. 350, cita 3.

Como se sabe, *Roxin*[9] fundó la teoría del dominio por organización que permite imputar responsabilidad penal a título de autores (mediatos) a aquellos que sin ejecutar los hechos directamente, se limitaban a dar las órdenes para su comisión. Los "hombres de atrás" no deben responder –según *Roxin*– únicamente como "instigadores", sino que deben hacerlo como "autores" mediatos,[10] pues ellos están colocados en la palanca de un aparato de poder y a través de las órdenes impartidas dan lugar a delitos en los cuales resulta irrelevante la individualidad de los ejecutantes.[11] Aquí el autor no necesita coaccionar o engañar al ejecutor, ni siquiera necesita conocerlo, pues el aparato de poder organizado garantiza por sí solo la ejecución del hecho punible, ya que en caso de incumplimiento de la orden por parte de un determinado ejecutante, hay siempre otro que lo reemplazará en la ejecución[12]. La estructura dogmática de la autoría mediata por dominio de organización en la concepción de *Roxin*[13] presupone así, en primer lugar, un "*dominio sobre la organización*"; en segundo lugar, que la organización de la cual se sirve el hombre de atrás debe encontrarse "al margen del Derecho" (*Rechtsgelösheit*)[14]; y en tercer lugar, que en la organización debe existir la posibilidad de reemplazar al actor inmediato, es decir, debe concurrir la *fungibilidad* del ejecutor (*Fungibilität*)[15]. En la actualidad, la teoría de la autoría mediata en virtud

---

9 En su ponencia pronunciada con motivo del inicio de clases en Hamburgo *Roxin* propuso, por vez primera en la ciencia del Derecho penal, un nuevo supuesto de autoría mediata. Su conferencia fue publicada ese mismo año en la revista GA 1963, p. 193 y ss., bajo el título "Delitos en el marco de aparatos de poder organizado". Esta exposición pasó a formar el § 24 de su libro "Täterschaft und Tatherrschaft" publicadoen ese mismo año.

10 LK-*Roxin*, 1992, § 25, n. marg. 128.

11 *Roxin*, en: Problemas actuales de la dogmática penal, traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, 2004, p. 224. (cit.: Problemas actuales).

12 *Roxin*, AT II, § 25, n. marg. 107.

13 Sobre el desarrollo de su concepción, cfr. *Roxin*, GA 1963, p. 193 y ss.; *el mismo*; Täterschaftund Tatherrschaft, 2006, p. 242 y ss.; *el mismo*, FS-Lange 1976, p. 173 y ss.; *el mismo*, LK-*Roxin*, § 25, n. marg. 128 y ss.; *el mismo*, JZ 1995, p. 49 y s.; *el mismo*, FS-Grünwald 1999, p. 549 y ss.; *el mismo*, en: Amelung (Hrsg.) Individuelle Verantwortung, 2000, p. 55; *el mismo*, NJW-Sonderheft Schäfer, 2002, p. 52 y ss.; *el mismo*, AT II, § 25, n. marg. 105; *el mismo*, FS-Schroeder, 2006, p. 387 y ss.; ZStrR 125 (2007), S. 1 ff.

14 *Roxin*, Problemas actuales, p. 224.

15 *Roxin*, Täterschaft, p. 244, 245; *el mismo*, AT II, § 25, n. marg. 107. *Roxin* ha reconocido en trabajos recientes la posible utilidad del criterio "decisión al hecho" para complementar la teoría, pero, al igual que aquí, subraya que (únicamente) este criterio no podría *per se* fundamentar

de dominio por organización desarrollada por *Roxin*, se ha impuesto y constituye opinión dominante[16] en la doctrina.

2. Sin embargo, *Schroeder*, quien es el defensor de la *"doctrina de la disposición al hecho"*, lejos de postular una autoría mediata por *dominio de organización* como lo hizo *Roxin*, postuló una autoría mediata en virtud de la *disposición incondicional al hecho* del actor inmediato. En su opinión, el dominio del hombre de atrás no se fundamentaría en la fungibilidad del ejecutor directo, sino en que este dominio se debería más bien a que el hombre de atrás se aprovecharía y de este modo utilizaría para sus objetivos la *resolución al hecho* del ejecutor inmediato –existente ya antes de la actuación criminal–. En otros términos, lo decisivo sería la resolución a cometer el hecho punible –completo, pero condicionado– del ejecutor inmediato.

Según *Schroeder*, en los casos de autoría en virtud de *"disposición al hecho"* el ejecutor le "trasmite indirectamente" al hombre de atrás que quiere utilizar su libertad de decisión en un determinado sentido, que quiere someterse a él[17]. La declaración incondicional sería: "¡Führer ordena, nosotros te seguimos!"; esta disposición pondría en manos del hom-

---

nunca una autoría mediata; Cfr. sus trabajos publicados en FS-Schroeder, 2006, p. 387 y ss. y ZStrR 125 (2007), S. 1 ff.

16 *Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, p. 60; LK-*Busch*, 1970, § 47, n. marg. 48.; *Ebert*, AT, 1993, pp. 180, 198; *Eser*, StrafR II, 1980, Fall 38, n. marg. 25; *Freund*, AT, 1998, § 10, n. marg. 90; *Haft*, AT, 2004, pp. 202, 202; *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, p. 42 y s.; *ders.*, Jura 1990, p. 23; *Hirsch*, Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht, 1996, p. 22; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), p. 244.; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, 1992, p. 183; *Kreß*, GA 2006, p. 205; *Korn*, NJW 1965, p. 1206; *Kühl*, AT, 2005, § 20, n. marg. 73, 74; *Küpper*, GA 1998, p. 523; *Lackner/Kuhl*, StGB, 2004, § 25, n. marg. 2; *Lampe*, ZStW 106 (1994), p. 743; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT, 1992, § 48, n. marg. 88; M-K *Meyer*, Der Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984, p. 101; *Radtke*, GA 2006, p. 350; *Satzger*, Internationales Strafrecht, 2007, § 14, n. marg. 43; *Sch/Sch/Cramer-Heine*, StGB, 2006, § 25, n. marg. 25; *Schlild*, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, p. 10; *Schultz*, JuS, 1997, p. 111; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, pp. 75, 76; *Schünemann*, FS-Schroeder, p. 401; *ders.*, LK, 2007, § 25, n. marg. 122, basado en su concepción del dominio sobre la razón del resultado; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, 2004, § 12, n. marg. 65, 66, 67; *Vest*, ZStW 113 (2001), p. 492; *Wessels/Beulke*, AT, 2005, n. marg. 541. Resaltan la relevancia de la teoría de Roxin en el Derecho penal internacional *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2005, § 7, n. marg. 27; *el mismo*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung, 2002, p. 568 (cit.: Völkerstrafrecht); *Kreß*, GA 2006, p. 307; *Radke*, GA 2006, p. 350. *Satzger*, Internationales Strafrecht, § 14, n. marg. 43; *Vest*, ZStW 113 (2001), p. 457; *Vogel*, ZStW 114 (2002), S. 427; *Werle*, Völkerstrafrecht, 2003, n. marg. 407.

17 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 166.

bre de atrás el poder cuyo uso lo convierte en autor mediato del delito ordenado[18]. El ejecutor inmediato actuaría libre; sin embargo, el hombre de atrás habría logrado el dominio sobre aquél "a través del comportamiento preexistente a la comisión del hecho"[19]. La "resolución al hecho" fundamentaría así el "dominio del hecho"; luego fundamentaría a la vez la autoría mediata del hombre de atrás. Según esta doctrina, con el criterio de la "disposición al hecho" se obtendría una mayor seguridad en el logro del resultado delictivo. La "resolución al hecho" del ejecutor se convertiría así en la razón principal para la admisión de un dominio de los hombres de atrás y con ello para la fundamentación de una doble autoría (autor detrás del autor)[20]. Fundamentada así la autoría mediata del hombre de atrás, la doctrina de la disposición al hecho critica el concepto de "fungibilidad" en la teoría del dominio por organización de *Roxin*. Según la doctrina de la disposición al hecho, para la fundamentación de una autoría mediata no sería decisivo la *fungibilidad* del ejecutor inmediato. La automatización del suceso criminal se debería más bien a la disposición incondicional al hecho del ejecutor. *Schroeder*[21] subraya que la verdadera "razón para la admisión de un dominio del hecho del hombre de atrás solo puede radicar en que a través de la fungibilidad puede tener a disposición en todo momento instrumentos predispuestos al hecho". Por tanto, la fungibilidad "sería solo un medio para lograr el dominio, pero no su fundamento decisivo".

3. En la doctrina peruana, *Meini*[22] defiende una concepción similar. Él considera que la autoría (mediata) por organización se fundamenta en la disposición de los ejecutores a realizar el hecho delictivo. En un importante trabajo sobre los problemas de la autoría y participación en la criminalidad organizada, *Meini* señala que para fundamentar la responsabilidad penal del hombre de atrás por los hechos que realizan los ejecutores, se debe reparar en que el hombre de atrás se aprovecha de la disposición de los ejecutores para realizar el delito. Asimismo, argu-

18 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 152. Él advierte, sin embargo, que esto no regiría para el deber de obediencia contenido en el juramento de la bandera del Dritte Reich y de la República Democrática de Alemania.

19 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 153.

20 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

21 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

22 *Meini Méndez*, RPCP 14, pp. 235 y ss.

menta que "la posibilidad de sustituir a los ejecutores (sin dejar de ser un dato fáctico) confirma que el dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar la orden"[23]. La razón del cumplimiento de las órdenes criminales y la razón "de por qué puede ser sustituido por otro que también ejecutará la orden" sería "su predisposición para llevar a cabo el mandato recibido". Y estando a que "esta predisposición es anterior a su participación en la realización en el hecho delictivo" se trataría "de un presupuesto de su intervención en la ejecución del hecho dominado por el hombre de detrás"[24]. Finalmente, concluye *Meini,* "el dominio sobre la organización en virtud del cual se fundamenta la autoría mediata del hombre de atrás en los aparatos de poder, y conforme a la cual el ejecutor del hecho es también un autor responsable, consiste en el aprovechamiento de la disposición de los miembros de la organización para llevar a cabo las órdenes que desde instancias superiores reciban. La posibilidad de sustituir a los ejecutores representa únicamente la existencia de mayores probabilidades de que el hecho se realice, pero no fundamenta dominio alguno."[25].

4. De la concepción de la "doctrina de la disposición al hecho" se desprende también que el concepto de dominio del hecho que emplea, constituye un dominio fáctico sobre el ejecutor inmediato concreto y no un dominio sobre la organización[26], interesando "únicamente la relación entre el hombre de atrás y el ejecutor".[27] El hombre de atrás domina al ejecutor inmediato en razón a que aprovecharía su resolución al hecho punible. Éste habría renunciado voluntariamente al ejercicio de su libertad, habría ofrecido su libertad al hombre de atrás. Esta oferta sin condición alguna de realizar el hecho punible, fundamentaría aquí la autoría mediata del hombre de atrás que da la orden.

---

23 *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 259.

24 *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 259.

25 *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 262.

26 Esta característica es también resaltada por *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, p. 61.

27 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 143, 169; *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 258, 259.

IV. "Disposición al hecho": ¿Fundamento del dominio por organización? – Consideraciones críticas

En la ciencia penal, la "doctrina de la disposición al hecho" ha sido criticada severamente[28]. Existen razones fundadas para ello. En las líneas que siguen se presenta algunas apreciaciones críticas contra esta doctrina.

1. *La disposición al hecho (condicionada o incondicional) no fundamenta el dominio del hecho.* La concepción de dominio que defiende la "doctrina de la predisposición al hecho" debe ser rechazada, pues se basa en el dominio que ejercería el hombre de atrás sobre el ejecutor por medio del aprovechamiento de su "disposición al hecho". Para este sector doctrinal, se trataría, al mismo tiempo, de un dominio que pone con relación al hombre de atrás con el ejecutor[29]. Sin embargo, el dominio en la realización del evento criminal se fundamenta en el dominio que se ejerce sobre la organización. A través de este dominio se "asegura" la realización del tipo, incluso si el ejecutor no esta "predispuesto", "resuelto" o "decidido" al hecho. En consecuencia, el aprovechamiento de la simple predisposición al hecho del ejecutor (condicionada o incondicional) no puede fundamentar el dominio sobre la organización.

De otro lado, en muchos de los crímenes ejecutados por medio de aparatos organizados (como p.e. en los cometidos por Hitler o Videla) no todos los ejecutores directos estaban "predispuestos" a realizar dichos crímenes. Pese a ello, los delitos cometidos por los ejecutores les hubieran sido imputados a título de autoría (mediata). En este mismo sentido, ha subrayado *Roxin*[30] que la realización inmediata de la orden de disparo impartida no depende en absoluto de la "disposición incondicional" del

---

28 Cfr. *Ambos*, GA 1998, p. 230; *Roxin*, AT II, § 25, n. marg. 134; *el mismo*,; JZ 1995, p. 51; *Rotsch* 1998, p. 143; *el mismo*, ZStW 112 (2000), p. 525; *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, p. 49; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, p. 186.; *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, p. 159; *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, p. 363 (cit.: Zurechnungstypus); *Jakobs*, NStZ 95, p. 27; *Murmann*, GA p. 272 y ss., cita 32.; *Wohlers* ZStW 108 (1996), p. 72. La jurisprudencia actual del BGH ha abandonado totalmente la inicial tendencia subjetiva (apoyada en parte en la teoría de *Schroeder*) y se fundamenta hoy en una doctrina de la "utilización de condiciones marco" (*Rahmenbedingungen*). Cfr. BGHSt. 48, 331; BGHSt. 49, 147.

29 *Schroeder*, der Täter hinter dem Täter, pp. 143, 166.

30 *Roxin*, JZ 1995, p. 51.

comisionado con la orden. Muchos se habrían sustraído de las órdenes criminales con astucia o las habrían cumplido solamente para evitar inconvenientes personales de consideración. Lo especial del dominio por organización "radica justamente en que el funcionamiento y con él la realización del tipo penal está asegurado independientemente de la existencia o inexistencia de la disposición incondicional al hecho"[31]. También *Jakobs*[32], quien incluso es un crítico de la teoría aquí desarrollada, niega que el empleo de un "decidido al hecho" pueda fundamentar una autoría mediata. Una disposición al hecho independiente –señala *Jakobs*– habría faltado con seguridad en un gran número de ejecutores en los tiempos del nacionalsocialismo. Una decisión autónoma contradiría el "*Führerprinzip*". Asimismo, *Otto*[33] ha llamado la atención sobre la inidoneidad del criterio de la "predisposición al hecho". En su opinión, si el hombre de atrás sabe que el ejecutor directo está resuelto al hecho (incondicionalmente) y que, por lo tanto, le falta fuerza de resistencia al delito, podría utilizarlo para sus propios planes (criminales). Luego, añade lo siguiente: "Pero en este conocimiento no hay ningún dominio sobre el ejecutor decidido al hecho". Dada la resolución al hecho del ejecutor podría esperarse la realización del hecho punible, pero con este confiar o esperar no se domina nada todavía. La "resolución al hecho incondicional y la falta de fuerza de resistencia no fundamentan todavía ninguna posición de dominio del hombre de atrás"[34]. Ni siquiera *Ambos*, quien realiza un minucioso estudio crítico sobre la autoría por organización y presenta propuestas críticas contra la teoría de *Roxin*, ha considerado la posibilidad de reemplazar el concepto de "fungibilidad" por el de "disposición al hecho"[35].

2. *El criterio de la "disposición al hecho" elimina una clara delimitación entre autoría mediata e instigación.* La doctrina de la "predisposición al hecho" debe ser rechazada porque en los hechos, elimina una delimita-

---

31 *Roxin*, JZ 1995, p. 51.

32 *Jakobs*, AT, 1991, 21/102; cita 190.

33 *Otto*, Jura, pp. 757, 758.

34 *Otto*, Jura, pp. 757, 758.

35 *Ambos*, Völkerstrafrecht, p. 614 propone más bien una fundamentación normativa basada en "el dominio del Estado sobre la relación de reconocimiento hacia y entre los ciudadanos." Cfr. al respecto también su último estudio sobre el dominio por organización en: RBCC 68 (2007), pp. 82, 83, 84, 104, 105.

ción confiable entre autoría mediata e instigación. Esta doctrina echa por la borda los parámetros de distinción alcanzados por la ciencia. Según *Schroeder*, el hombre de atrás sería autor mediato pues habría utilizado a una persona resuelta al hecho. En el centro de su argumentación está pues el concepto "inseguridad típica en el logro del resultado"[36] que sería característico del partícipe y que faltaría en los casos donde se utiliza un ejecutor decidido al hecho[37]. Según su concepción, la distinción de la autoría mediata respecto de la instigación radicaría en el grado de seguridad del logro del resultado típico. Si en el caso concreto existiese inseguridad en la realización del resultado estaríamos ante una instigación; por el contrario, si existiese seguridad en la realización del resultado se trataría de una autoría (mediata). Sin embargo, este criterio no resulta convincente. ¡El grado de seguridad en el logro del resultado típico no constituye criterio adecuado para distinguir las distintas formas de intervención en el delito! Ello porque en principio, una seguridad total en el logro de los resultados no existe casi en ningún caso. De otro lado, en la constelación de casos de la autoría mediata esto se observa con mayor claridad, pues nunca se puede estar totalmente seguro de la actuación del ejecutor directo. Una seguridad tal sería únicamente posible si el comportamiento del tercero (ejecutor) fuera equiparable con las fuerzas de la naturaleza determinadas causalmente –gracias a la resolución al hecho ya existente–[38]; sin embargo, esto resulta simplemente inconcebible[39].

Además, si como señala *Schroeder* la disposición al hecho en el ejecutor debe presentarse antes de la ejecución del hecho, entonces puede afirmarse con razón que la inseguridad será siempre la misma, no pudiéndose distinguir con objetividad si se trata de un caso de autoría o instigación[40]. Podría afirmarse que incluso tratándose de este tipo de criminalidad, la inseguridad en la producción del resultado estará siempre presente; luego, debe concurrir siempre una instigación y no una autoría

---

36 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, pp. 150, 196.

37 *Bloy*, Zurechnungstypus, p. 362 pone de relieve esta característica en la concepción de *Schroeder*.

38 *Bloy*, Zurechnungstypus, p. 362.

39 Cfr. también *Villa Stein*, PG, 2001, p. 318.

40 *Rotsch*, ZStW (2000), p. 525, 526; *Heine*, Eser-Festgabe, 1995, p. 66;*Roxin*, JZ 1995, p. 51; *Ambos*, GA (1998), p. 230; *Langneff*,Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug, 2000,p. 87.

mediata como lo propugna la "doctrina de la disposición". Aquí debe subrayarse la crítica de *Rotsch*[41], quien afirma que si bien *Schroeder*[42] afirma que cuando se utiliza a un actor decidido al hecho, falta la inseguridad que siempre está en la instigación; sin embargo, él hace de esta inseguridad en la producción del resultado el elemento constitutivo de la autoría. Esto sería así, puesto que si *Schroeder* se apoya expresamente en la disposición hacia la realización del delito existente antes de la comisión de hecho, entonces queda claro que no existe diferencia alguna respecto de la situación de la instigación. El actor inmediato tiene la posibilidad de prescindir de la comisión del hecho siempre, al igual que el instigado (p.e. porque repentínamente le sobreviene un cargo de conciencia). Esto se pone de relieve más aún, cuando en la fundamentación de la teoría se apela a una disposición del ejecutor condicionada. Por lo demás, la resistencia psíquica en el caso de la instigación sería la misma que en el caso de autoría mediata que propone *Schroeder*.

En resumen, la "disposición al hecho" no es pues un criterio seguro y adecuado para determinar y delimitar la autoría en estos casos; muy por el contrario, en muchos casos este criterio conduce a afirmar una instigación. La doctrina de la disposición al hecho elimina de este modo una delimitación segura y confiable entre las distintas formas de intervención en el delito. Esto se pone de relieve también, si consideramos –como lo hace este sector doctrinal– que la "disposición al hecho" significa un "ofrecerse"[43] a realizar el delito y el comportamiento del hombre de atrás, un "aceptar el ofrecimiento" del ejecutor. Aquí queda claro que esta "aceptación" constituye un caso de instigación y no un caso de autoría mediata como pretende la doctrina de la disposición al hecho[44]. Así por ejemplo, está fuera de duda en la doctrina que quien se vale de un asesino a sueldo (sicario) para la comisión de un delito responde penal-

41 *Rotsch*, ZStW 112 (2000), S. 525; *ders.*, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998, p. 143.

42 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 150.

43 En este sentido también *Roxin*, JZ 1995, p. 51; *Ambos*, GA (1998), p. 230, 231; *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit, p. 87.

44 Comparten esta crítica contra la doctrina de la disposición al hecho en la ciencia alemana entre otros, *Wohlers*, ZStW 108 (1996), p. 72; *Roxin*, JZ 1995, p. 51.

mente a título de instigador[45]. Si el sicario[46] se "ofrece" para la comisión de un homicidio y la persona de atrás "acepta este ofrecimiento" y como consecuencia de ello el sicario da muerte a la víctima, entonces el hombre de atrás responderá como instigador[47] y no como autor mediato como pretende la doctrina de la disposición al hecho.

Como se puede observar el criterio de la "disposición al hecho" no lleva necesariamente a la autoría (mediata); luego, no puede constituir un criterio dogmáticamente seguro que permita distinguir autoría mediata de instigación. El peligro de una desaparición de fronteras claras entre la autoría mediata e instigación al que lleva la doctrina de la predisposición al hecho, ha sido denunciado en la doctrina también por algunos autores como *Ambos*[48], *Schlösser*[49], *Rotsch*[50], *Wohlers*[51] entre otros.

3. *El carácter subjetivo de la predisposición al hecho lleva a una teoría subjetiva en la delimitación entre autoría y participación.* El recurso al criterio de la "predisposición al hecho" lleva a una fundamentación subjetiva, similar a la ya superada doctrina subjetiva de la autoría que solía determinar y delimitar a autores y partícipes según la actitud interna de estos (*animus auctoris – animus socii*). Un criterio subjetivo como este no puede constituir un parámetro de determinación de la autoría, tampoco de la autoría mediata. También desde una perspectiva práctica se debe rechazar este criterio (subjetivo), pues es difícil de constatar su concurrencia en el caso concreto, convirtiéndose así en un elemento inseguro que conlleva a un arbitrario "decisionismo" de los jueces. *Herzberg* critica igualmente el criterio de la firmeza de la resolución al hecho de la *otra* persona, pues este

---

45 *Hurtado Pozo*, PG Tomo II, 2011, p. 169. Con mayores referencias bibliográficas *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, § 51, n. marg. 9.

46 El caso del sicario, dispuesto de modo general al delito, no constituye un supuesto de *omnimodo facturus*, Cfr. *Jakobs*, AT, 22/24; *Jescheck/Weigend*, AT, p. 689; LK-*Schünemann*, § 26, n. marg. 18; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I, § 12, n. marg. 144. También *Villa Stein*, PG, 2014, p. 391, reconoce que no se daría un caso de instigación si el autor ya había decidido con anterioridad la comisión del delito. Cfr. también *Villavicencio Terreros*, PG, 2009, n. marg. 1150; *Hurtado Pozo*, PG II, p. 169 y ss.

47 Pero para *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 151, esta conducta del sicario constituiría un supuesto de autoría mediata, opinión que no es compartida por la doctrina dominante.

48 *Ambos*, GA (1998), p. 230.

49 *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, p. 161.

50 *Rotsch*, ZStW (2000), pp. 525 y s.

51 *Wohlers*, ZStW 108 (1996), p. 72.

sería para los jueces de difícil acceso, este criterio no se podría probar como tampoco negar. Seguidamente *Herzberg* sentencia: es probable que el mismo ejecutor "no haya sabido, cual sería su firmeza en el momento decisivo." Un "criterio vacío" como este, llevaría en la práctica siempre a la afirmación de una participación –por mandato del principio "*in dubio pro reo*"–. Donde se precisa ilustración y seguridad, decidiría el azar.[52]

4. *El aprovechamiento de la predisposicón al hecho del ejecutor no conduce siempre a la autoría.* Se ha discutido también –en un ámbito de aplicación más amplio– sobre la idoneidad del criterio de la "predisposición al hecho" para fundamentar la autoría de quien utiliza para sus fines a una persona predispuesta al hecho punible. Por ejemplo, el caso del padre que está predispuesto a matar al novio de su hija. Ella, que ha tenido una discusión con su novio, quiere vengarse mortalmente de él y para ello revela a su padre el lugar donde se encuentra el novio. El padre cumple con matar al novio. La interrogante de esta constelación se resume en la siguiente pregunta: ¿es la hija autora mediata del homicidio? Según la concepción de la doctrina de la disposición al hecho habría que afirmar la autoría mediata[53], pues la hija se habría valido para sus planes de una persona predispuesta al hecho, habiendo colocado la condición decisiva. Pero este resultado no convence. Por lo demás, la doctrina casi unánime niega en este caso una autoría (mediata) y afirma –por el contrario– un comportamiento de participación. Tras este razonamiento queda claro que el criterio de la predisposición al hecho no convence en el tratamiento de la autoría en el ámbito tradicional de la imputación personal, luego surge la interrogante de cómo podría ser empleado válidamente en el ámbito de la criminalidad mediante organización.

5. *La predisposición al hecho no constituye la razón de la fungibilidad.* Para *Schroeder* la razón del dominio del hecho del hombre de atrás radica en que "a través de la fungibilidad se puede tener a disposición instrumentos dispuestos al hecho en todo momento"[54]. La fungibilidad "sería solo un medio para lograr el dominio, pero no su fundamento decisivo"[55]. Sin embargo, esta argumentación de *Schroeder* le resta fuerza a la crítica

52 *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, p. 49.

53 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

54 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

55 *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, p. 168.

formulada a la concepción aquí defendida. Si la fungibilidad posibilita que se pueda tener a disposición en todo momento ejecutores (predispuestos al hecho o no), entonces se confirma que esta característica (la fungibilidad) es importante pues posibilita justamente que se pueda contar con ejecutores de reemplazo que asegurarían el logro del resultado típico. La circunstancia de que el ejecutor (que está a disposición en todo momento *gracias a la fungibilidad*) esté resuelto al hecho o no, no afectará en nada la realización del evento criminal.

Meini coincide con *Schroeder* en esta argumentación y afirma adicionalmente que si cuando el ejecutor "se desiste otro le reemplaza y se *asegura así el cumplimiento de la orden,* es porque el reemplazante, al igual que la mayoría de los que componen el colectivo de ejecutores, están dispuestos a ejecutar la orden"[56]. Pero aquí se puede observar con claridad que la orden no se asegura por la "disposición al hecho", sino por la reemplazabilidad de los órganos ejecutores, pues si se prescinde de la fungibilidad; es decir, si no se cuenta con ejecutores de reemplazo (decididos al hecho o no) no se podrá cumplir con el plan criminal del hombre de atrás –en el lejano e hipotético caso en que el primer ejecutor se niege ha hacerlo–. De la afirmación de *Meini* se desprende también que en los hechos la verdadera razón del aseguramiento del cumplimiento de la orden es el "dato fáctico" de la existencia de otros ejecutores que realizarán la orden. El "porqué de este cumplimiento"; es decir, si es porque se encuentran bajo presión, por miedo, por sadismo, por crueldad, por convencimiento, por tener la conciencia de su reemplazabilidad, implica una búsqueda en lo más profundo de la *psiquis* de los ejecutores, que en última instancia podría extraerse de una investigación criminológica que apele a la psicología criminal. Pero, con todo, el porqué este nuevo reemplanzante ejecuta la orden no es de relevancia aquí para la imputación normativa –su afirmación o negación no afecta en nada los criterios dogmáticos de imputación esbozados–. Lo relevante para la imputación no es el contenido o tendencia subjetiva del ejecutor (sea la disposición al hecho u otro estado), sino el dominio sobre la organización[57] que le posibilita hacer que sus órdenes sean ejecutadas por los órganos de ejecución.

---

56 *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 259.

57 *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit, p. 92; *Schlösser*, GA 2007, p. 164; *Bloy*, GA 1996, p. 424, 425; *Roxin*, FS-Schroeder, p. 392.

Sin embargo, *Meini* afirma también que la razón "de por qué [el ejecutor] puede ser sustituido por otro que también ejecutará la orden, es su predisposición para llevar a cabo el mandato recibido"[58]. No obstante, este argumento no convence. Con esta tesis él senalaría que la razón de la *fungibilidad* sería la *predisposición al hecho,* es decir, este razonamiento supondría que sin la predisposición al hecho no existiría la posibilidad de sustituir al ejecutor por otro que también ejecutará la orden (fungibilidad). Sin embargo, esta afirmación contradice su anterior tesis según la cual la fungibilidad sería un dato fáctico y además conduce a la consecuencia inadmisible de que la existencia de un "dato fáctico" dependería de una disposición subjetiva del ejecutor.

V. La necesidad del mantenimiento del *núcleo duro* de la teoría del dominio por organización

1. Según la concepción sostenida en el presente trabajo, la autoría mediata solo puede ser fundamentada en el dominio que ejerce el hombre de atrás sobre una organización, cuya actuación en el caso concreto se produce fuera del Derecho y que *normalmente* cuenta con ejecutores reemplazables. Esta estructura de la autoría mediata en virtud de dominio por organización constituye el *núcleo duro* irrenunciable en la concepción defendida.

Autor es –según nuestra opinión– la figura central del acontecimiento criminal, partícipe es quien interviene en el delito con contribuciones secundarias. Conforme al criterio del *dominio del hecho*, aplicable a la mayor parte de los delitos[59], autor es quien posee el dominio de los sucesos delictivos, pudiendo presentarse una autoría directa, una autoría mediata o una coautoría. En la autoría mediata (realización del hecho punible *"por medio de otro"*, según el art. 23 del CP) el hombre de atrás tiene el dominio del acontecimiento delictivo debido, en principio, a que

58 *Meini Méndez*, RPCP 14, p. 259.

59 El dominio del hecho no es el único criterio de autoría, junto a él se encuentra el criterio de la "infracción del deber" para delitos que suponen una especial posición de deber en la persona del autor (*Pflichtdelikte*). Para la discusión véase en la doctrina peruana, *Abanto Vásquez*, RP 14 (2004), p. 3 y ss.; *Caro John*; ADP (2003), p. 49 y ss. En Alemania *Roxin*, Täterschaft, p. 352 y ss.

se aprovecha y utiliza como *instrumento*[60] a otra persona –el ejecutor inmediato– que se encuentra bajo error o bajo amenaza; pero también se presenta una autoría mediata cuando el hombre de atrás ordena la comisión del hecho punible a través de un aparato de poder sobre el cual tiene dominio[61]. El dominio sobre la organización le otorga al hombre de atrás un dominio sobre la producción del resultado que materialmente es realizado por un órgano de ejecución del aparato organizado: el ejecutor inmediato. Por consiguiente, se trata de un dominio concreto sobre la organización, y no de un dominio fáctico sobre el ejecutor inmediato[62]. La fundamentación de autoría mediata no puede basarse en el dominio o control del intermediario[63], pues el ejecutor inmediato es una persona libre y responsable en la realización de sus propias acciones.

2. El elemento fundamental de la teoría de la autoría mediata en virtud de dominio por organización lo constituye el dominio sobre la organización. Este dominio es el que permite al hombre de atrás "realizar" el crimen. El dominio sobre la organización posibilita a su vez el dominio del logro del resultado típico. *Características* de este dominio son la actuación fuera del Derecho y la *–por lo general–* reemplazabilidad de los órganos de ejecución de la organización.

En este contexto, el dominio del hecho en virtud de dominio por organización implica el dominio de un aparato de poder o de una organización. La estructura organizacional y funcional del aparato debe estar conformada de modo tal que las órdenes de los "jefes supremos", "líderes" o "mandos", sean ejecutadas "automáticamente". La estructura jerárquicamente organizada permite la automaticidad en el cumplimiento de las

---

60 *Stratenwerth/ Kühlen*, AT I, § 12, n. marg. 30; *Wessels/Beulke*, AT, § 13, n. marg. 535; *Kühl*, AT, § 20, n. marg. 38; LK-*Schünemann*, § 25, n. marg. 69.

61 *Eser*, StrafR II, Fall 38, n. marg. 25; *Freund*, AT 1998, § 10, n. marg. 90; *Hirsch*, Rechtsstaatliches Strafrecht, p. 22; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), p. 244.; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, p. 183; *Kreß*, GA 2006, p. 205; *Kühl*, AT, § 20, n. marg. 73 y s.; *Küpper*, GA 1998, p. 523; *Lampe*, ZStW 106 (1994), p. 743; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT, § 48, n. marg. 88; *Radtke*, GA 2006, p. 350; *Satzger*, Internationales Strafrecht, § 14, n. marg. 43; *Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, p. 10; *Schultz*, JuS 1997, p. 111; *Schünemann*, FS-Schroeder, p. 401; *el mismo*, LK, § 25, n. marg. 122; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 12, n. marg. 65, 66, 67; *Vest*, ZStW 113 (2001), p. 492; *Wessels/Beulke*, AT, n. marg. 541.

62 Cfr. también *Schlösser*, GA 2007, p. 164.

63 *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, p. 148 y s.; *Ambos*, GA 1998, p. 226; *Bloy*, Zurechnungstypus, p. 345 y s.; *el mismo*, GA 1996, p. 441.

ordenes. Sobre este tipo de organización se fundamenta el dominio del acontecimiento criminal. Siendo esto así, en organizaciones de este tipo la medida de responsabilidad por los hechos cometidos se incrementará en la medida en que se ascienda en la jerarquía de la organización. Esta asignación de responsabilidad fue puesta de relieve y empleada por el Tribunal de Jerusalén en el juicio de *Eichmann* por los crímenes cometidos durante el régimen nacionalsocialista. Allí, se señaló que la cercanía o la distancia a los ejecutores materiales no debía tener mayor influencia en la responsabilidad, por el contrario la responsabilidad se incrementaría en la medida que se aleje de los ejecutores materiales y se acerque a la cumbre de la jerarquía.

En este marco, un elemento que contribuye al aseguramiento del resultado típico lo constituye la actuación al margen del derecho de la organización ("desvinculación del derecho")[64]. Pues una organización que actúa ilegalmente tiene procesos de funcionamiento propios que se distancian de un funcionamiento "normal" y que posibilitan de esta manera el cumplimiento de sus objetivos[65]. La otra característica dogmática del dominio por organización es la reemplazabilidad del órgano de ejecución, es decir, la posibilidad de sustituir al ejecutor que *Roxin* designaba con el término "*Fungibilität*"[66]. Esta posibilidad de reemplazar al ejecutor por otro aseguraría el cumplimiento de las órdenes criminales, en caso que el actor inicial falle o se desista del intento; el ejecutor constituye una simple pieza en la maquinaria que es la organización[67]. El significado del ejecutor para la organización no es determinante, es simplemente un órgano ejecutor de las "importantes" decisiones de los altos mandos. La individualidad del órgano ejecutor no es de relevancia, es más, en la mayoría de los casos no existirá un contacto personal entre el alto mando que imparte las órdenes y el ejecutor. El hombre de atrás tiene un dominio actual del evento criminal –en la consecución del resultado típico–, no porque domine a la persona que realiza la acción típica, sino porque

64 Cfr. también MK-*Joecks*, § 25, n. marg. 132 y s.; *Roxin*, FS-Gründwald, 1999, p. 556; *el mismo*, AT II, § 25, n. marg. 130; *Heine*, Eser-Festgabe, p. 63; LK-*Schünemann*, § 25, n. marg. 130; *Brammsen*, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung, 134.

65 Este elemento permitiría a su vez, limitar el ámbito de aplicación de la teoría y de este modo evitar el peligro de su posible degeneración, garantizando así su legitimidad.

66 *Roxin*, Täterschaft, p. 245.

67 En este sentido también *Bloy*, Zurechnungstypus, p. 345.

domina a la organización cuyos órganos de ejecución son *normalmente*[68] reemplazables. De otro lado, el rol central del hombre de atrás (como autor) no elimina, en absoluto, la responsabilidad del ejecutor como autor directo[69]. Al mismo tiempo, esta actuación responsable del ejecutor no evita la responsabilidad, como autor mediato, del alto mando que imparte las órdenes criminales. La imputación de la autoría en cada caso concreto se basa en diferentes fundamentos dogmáticos.

3. De la concepción aquí sostenida se desprende también, que la construcción dogmática de la autoría mediata en virtud de dominio por organización no constituye una doctrina que sirva para salvar casos de insuficiencia probatoria[70]. La aplicación de la teoría tiene presupuestos claros y ella se produce cuando estos presupuestos concurren en el caso concreto. Del mismo modo, queda claro que esta teoría no es de aplicación ilimitada para todos los casos de criminalidad mediante organizaciones. No toda conducta del hombre de atrás constituye una autoría mediata. El hombre de atrás también podría intervenir en el marco de sus actividades ilícitas a título de coautor o de instigador. La estructura dogmática de la autoría mediata por dominio de organización tiene una clara y racional estructura y un ámbito de aplicación limitado. En resumen, el *dominio por organización* no es pues un modelo teórico que se aplique en todas las constelaciones imaginables[71].

VI. Consideraciones finales

La teoría del dominio por organización, debido a su notable claridad dogmática, ha ejercido gran influencia en la doctrina. En la jurisprudencia sirve hoy de fundamento dogmático para resolver casos en los cuales altos mandos de un aparato de poder organizado ordenan la comisión de crímenes. El criterio de la "disposición al hecho" no ofrece precisión

---

68 La reemplazabilidad (fungibilidad) constituye una característica del dominio por organización, pero no es el elemento fundador. Cfr. sobre la discusión del concepto de fungibilidad LK-*Schünemann*, § 25, n. marg. 127.

69 Cfr. también *Langneff*, Die Beteiligtenstrafbarkeit, p. 82.

70 *Rotsch*, NStZ 2005, p. 13, critica que la teoría podría utilizarse para salvar casos de insuficiencia probatoria.

71 En este sentido también *Radtke*, GA 2006, p. 355; *Roxin*, FS-Schroeder, p. 395, 396.

en sus consecuencias dogmáticas. Así lo ha entendido también la Corte Suprema de Chile cuando en el *nonagésimo sétimo* considerando de la sentencia[72], que concede la extradición del expresidente Alberto Fujimori, señala como fundamentos de la autoría mediata: el "dominio sobre la organización" y la "fungibilidad" del ejecutor.

72 Sentencia de la Corte Suprema de Chile que concede la extradición del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, de fecha 21 de setiembre de 2007.

El derecho penal "moderno"

Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales

I.

La configuración del Derecho penal contemporáneo en las sociedades occidentales se caracteriza por una ampliación del ámbito de intervención penal. Esta política criminal, lejos de encontrar aceptación en la comunidad jurídica, ha sido objeto de críticas. Se objeta que esta intervención vendría socavando los principios del Derecho penal al flexibilizar los criterios de imputación penal, al debilitar las garantías penales del individuo, al dar prioridad a los intereses colectivos antes que a los intereses individuales o al preferir las estructuras típicas de los delitos de peligro abstracto antes que a la de los delitos de resultado.

Estos serios cuestionamientos plantean la necesidad de una discusión del conjunto de interrogantes que se desprenden de la instauración de esta política criminal; y la relevancia práctica de ellas nos alerta de su importancia: ¿debe el Derecho penal intervenir en la lucha contra riesgos a fin de prevenir su posible concreción en resultados? o ¿debe este limitarse únicamente a sancionar las conductas que hayan lesionado bienes jurídicos?, ¿es ilegítimo el uso de los delitos de peligro abstracto?, ¿cómo se puede "controlar" la intervención del Derecho penal a fin de que preserve la legitimidad imprescindible en un Estado de derecho?

---

* Publicada en: Revista Brasileira de Ciencias Criminais, N.º 68, Sao Paulo, Brasil, 2007.

El objeto del presente trabajo es dilucidar estas y otras cuestiones que plantea el Derecho penal contemporáneo, así como determinar la validez de algunos criterios que permitan evaluar la legitimidad de las intervenciones penales.

II.

La sociedad actual es compleja. Los avances tecnológicos, científicos y el fenómeno de la globalización han transformado a la sociedad tradicional convirtiéndola en una amenazada por riesgos. Desde una perspectiva sociológica se afirma que nos encontramos en una "sociedad de riesgo"[1]. En esta se observan grandes riesgos surgidos como consecuencia concomitante de los procesos de modernización social como p. ej. el uso de energía nuclear o de tecnología genética como un sistema de alto riesgo cuya complejidad puede llevar a accidentes –ya solamente en razón al factor no descartado del error humano–.[2] Dado el potencial catastrófico de estos accidentes –no delimitables ni espacial ni temporalmente– con vistas a las repercusiones para las futuras generaciones, estos riesgos constituyen cualitativa y cuantitativamente nuevos grandes riesgos[3]. Ahora bien, el concepto sociológico de "sociedad de riesgo" en la discusión penal necesita algunas precisiones a fin de determinar su verdadero alcance explicativo, puesto que si bien dicho concepto es válido, no es completo. Lamentablemente en el ámbito penal se observa que en muchos casos se ha procedido a absolutizarlo. Lo caracerístico de nuestra sociedad no es únicamente el riesgo reinante, sino sobre todo la complejidad creciente. La característica principal de nuestra sociedad es la complejidad de las relaciones sociales y de los procesos productivos. Como señala *Schünemann,* la característica de la sociedad actual radica en el extraordinario incremento de las interconexiones causales, la exis-

---

1 Concepto desarrollado por Ulrich *Beck* en sus estudios sobre la sociedad actual, cfr. su obras: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main. 1986; Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit, 1988.

2 *Prittwitz*, Risiken des Risikostrafrechts, en: Detlev Frehsee / Gabi Löschper / Gerlinda Smaus (Hrsg.), Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe, Baden-Baden 1997, p. 47 y ss.; *Hassemer*, ZRP 1992, p. 378 y ss.; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner" Gefährdungsdelikte, Berlin 1999, p. 40.

3 *Prittwitz* (nota 2), p. 47 y ss.; *Hassemer*, ZRP 1992, p. 378 y ss.; *Wohlers* (nota 2), p. 40.

tencia de relaciones causales múltiples, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada[4].

Debido a esta complejidad de las relaciones sociales y de los peligros que de ella se derivan –tanto cualitativa como cuantitativamente–, así como también debido a una simultánea menguada capacidad del miembro individual de la sociedad para estimar correctamente los riesgos que están necesariamente unidos a comportamientos humanos, domina en la sociedad una amplia inseguridad y una creciente necesidad –resultante de esto– de un (re)aseguramiento normativo[5].

Con el objeto de proteger los intereses sociales frente a estos riesgos, el legislador ha recurrido al Derecho penal. Los esfuerzos del legislador contemporáneo han tenido, y tienen aún, como objetivo la ampliación de los comportamientos penalmente relevantes[6]. Se puede observar un cambio de orientación en sus objetivos: la descriminalización como objetivo ha sido dejado de lado[7]. Esto se observa en la agravación del Derecho penal político como reacción frente a actividades terroristas fundamentalistas, frente a actividades terroristas de izquierda y frente a actividades terroristas neofascistas; en el surgimiento y expansión del Derecho penal de drogas, del Derecho penal del medio ambiente y del Derecho penal económico; así como en los esfuerzos por la lucha contra la criminalidad organizada y en el control de las investigaciones científicas a través del Derecho penal[8].

La consecuencia es que el ámbito de intervención de este Derecho penal tiene que ver con el individuo solo mediatamente. Inmediatamente serían instituciones de la sociedad o también del Estado. Los bienes jurídicos no serían bienes jurídicos individuales, sino bienes jurídicos universales que el legislador, en muchos casos, formula vaga y ampliamente y, además, recurriendo al tipo de los "delitos de peligro abstracto".

---

4 *Schünemann*, GA 1995, pp. 211, 212.

5 *Hassemer*, ZRP 1992, p. 378 y ss.; *Wohlers* (nota 2), p. 40; *Prittwitz* (nota 2), p. 47 y ss.

6 Cfr. *Hassemer*, ZRP 1992, pp. 378, 379 y ss.; *Wohlers* (nota 2), p. 29.

7 *Albrecht*, StV 1994, pp. 265, 266, 267; *Hassemer*, ZRP 1992, pp. 378, 379 y ss.

8 *Hassemer*, ZRP 1992, pp. 378, 379, 380 y ss.

Esto sería una forma de aseguramiento penal que flexibiliza las estructuras tradicionales de imputación de responsabilidad penal y que amplía el ámbito de los comportamientos penalmente relevantes[9]. El legislador actual se orientaría a la consecución de objetivos preventivos y entendería a las normas penales como instrumento de control social estatal a través de cuya utilización deben ser influenciados o conducidos desarrollos sociales y corregidos desarrollos desviados[10]. El legislador alemán querría tanto una protección penal eficaz, como también un mejoramiento de las medidas preventivas[11].

III.

La continua expansión de los comportamientos penalmente relevantes con las características indicadas, es pues un hecho innegable[12]. Controvertido es si esta expansión es *necesaria*, es decir, si existe la necesidad de la intervención penal para hacer frente a los riesgos de la sociedad actual[13].

Según la concepción de los profesores de Frankfurt: Winfried *Hassemer*, Wolfgang *Naucke* y Peter-Alexis *Albrecht*, ante el cuadro de *lege*

9 *Albrecht*, StV 1994, pp. 265, 266 y ss.; *Hassemer*, ZRP 1992, pp. 378, 381 y ss.

10 *Wohlers* (nota 2), p. 36.

11 *Albrecht*, StV 1994, pp. 265, 266 y ss.

12 *Wohlers* (nota 2), p. 30.

13 En los últimos años la ciencia del Derecho penal se ha abocado a la discusión sobre el Derecho penal del riesgo: La cuestión: ¿corresponde a la "sociedad de riesgo" un "Derecho penal del riesgo"? Cfr. los estudios de *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main 1993; *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft", Berlín 1993; *Albrecht*, Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, en: KritV 1988, p. 182 y ss.; *Hassemer*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, en: NStZ 1989, p. 553 y ss.; *Seelmann*, Risikostrafrecht, en: KritV 1992, p. 452 y ss. Sobre la discusión reciente cfr. *Herzog*, Risikogesellschaft, Risikostrafrecht, Risikoregulierung –Über das Strafrecht hinausweisende Perspektiven, en: Ulfrid Neumann/ Cornelius Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, Frankfurt am Main 2005, p. 117 y ss. En Perú, cfr. *Caro Coria*, "Sociedades de riesgo", bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo, en: Revista peruana de ciencias penales, año V, N.º 9, Lima, p. 180 y ss. En España, cfr. *Silva Sánchez*, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2.ª ed., Madrid 2001, p. 17 y ss.

lata que presenta el ordenamiento jurídico-penal vigente de la República Federal de Alemania, se podría hablar en la ciencia del Derecho penal de un Derecho penal "clásico" y de un Derecho penal "moderno"[14]. Según la concepción de estos profesores, el concepto de Derecho penal "clásico" se asocia al modelo de ordenamiento jurídico desarrollado en el curso de los siglos XVIII y XIX que se apoyó en la filosofía de la ilustración y del idealismo alemán.[15] Por el contrario, el Derecho penal "moderno" habría roto con las tradiciones del Derecho penal "clásico", orientado a la garantía de la libertad del ciudadano. El nuevo Derecho penal se desarrollaría como un medio de manejo social y como un instrumento de pedagogía social. Se habría producido un cambio de orientación: del paradigma de la justicia penal hacia el paradigma de la prevención[16]. La orientación a los resultados sería en la fase del Derecho penal "clásico", en el mejor de los casos, solo un criterio que complementaba la dación correcta de leyes. Hoy, el objetivo del Derecho penal "moderno" sería alcanzar determinados resultados externos. Se afirma, en suma, que el Derecho penal no sería más para el legislador *ultima ratio,* sino, en medida creciente, *prima ratio*[17].

Como consecuencia de las conclusiones a las que arriba este sector doctrinario, se niega la necesidad de la intervención del Derecho penal en la lucha contra riesgos; puesto que dicha intervención supone el abandono de los principios del Derecho penal clásico y desvirtúa el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. El Derecho penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos fundamentales, reprimiendo los comportamientos que los lesionen. El Derecho penal no debería intervenir contra riesgos puesto que su intervención importaría necesariamente la flexibilización de los criterios de imputación penal y relajaría las garantías penales como consecuencia del adelantamiento de las barreras del Derecho penal al ámbito previo a la lesión del bien jurídico mediante el uso de los delitos de peligro abstracto; y, esto constituiría una intervención ilegítima en el ámbito de libertad del ciudadano.

---

14 Cfr. al respecto *Hassemer*, ZRP 1992, pp. 378, 379 y ss.; *Naucke*, KritV 1993, pp. 135, 154 y ss.; *el mismo*, GA 1984, p. 199 y ss; *Albrecht*, StV 1994, pp. 265, 266, 267, 268, 269.

15 Cfr. *Hassemer*, ZRP 1992, p. 378 y ss; *Naucke*, KritV 1993, pp. 135, 137 y ss.

16 *Albrecht*, StV 1994, pp. 265, 266 y ss.; *Hassemer*, ZRP 1992, pp. 378, 379 y ss.

17 *Hassemer*, ZRP 1992, p. 378 y ss.

Luego –afirma este sector doctrinario–, el Derecho penal debe limitarse a la protección de los bienes jurídicos individuales, admitiendo la protección de bienes jurídicos colectivos únicamente si estos mediatamente sirven a la protección del individuo (reducción a un "Derecho penal nuclear")[18]. Es en este marco que *Hassemer* propone tratar los problemas del Derecho penal "moderno" a través de un "Derecho de intervención" que se ubicaría entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, entre el Derecho civil y el Derecho público. Y, a fin de hacer efectiva la actuación de este Derecho, este tendría menos garantías que el Derecho penal, pero en compensación, las sanciones a prever serían menos intensas[19]. Este sector doctrinario concluye: el Derecho penal debería dejar fuera de su ámbito de acción la intervención contra "riesgos" contra los que no podría actuar eficazmente, sino con meros efectos simbólicos y que, por lo demás, su intervención contra estos constituiría una intervención ilegítima.

Pese a lo fundado del temor que pueda generar tal política criminal es un error plantear la problemática de la intervención del Derecho penal ante los nuevos riesgos en forma de un dilema entre la defensa de viejos principios europeos o la necesaria intervención del Derecho penal con fines preventivos aún a costa del sacrificio de principios[20]. Este modo de abordar la problemática conduce a un callejón sin salida.

---

18 Cfr. *Hassemer*, ZRP 1992, pp. 378, 381, *Naucke*, KritV 1993, pp. 135, 154.

19 *Hassemer*, ZRP 1992, pp. 378, 379 y ss. Esta propuesta de Hassemer ha merecido no pocas críticas en la dogmática penal. Fundamental es la crítica formulada por *Lüderssen* (Abschaffen des Strafens? Frankfurt am Main 1995, p. 11 y ss.) quien indica que la propuesta de Hassemer en los hechos conduciría a un "Derecho penal de clases", puesto que al simple ladrón se le aplicaría una pena, mientras que al empresario que delinque se le aplicaría sanciones reducidas del Derecho de intervención. En España *Silva, Sánchez* realiza un planteamiento similar al que denomina "Derecho penal de dos velocidades". Según este plantemianto, de un lado estaría el Derecho penal que prevé penas privativas de libertad y que resguarda las plenas garantías penales. De otro lado estaría el Derecho penal de sanciones distintas a la pena privativa de libertad en el que las garantías penales podrían ser flexibilizadas. Cfr. *Silva Sánchez* (nota 13), p. 159 y ss. Una concepción similar es sostenida en Perú por *García Cavero*, Derecho penal económico, Lima 2003, pp. 107-109, quien subraya que el criterio diferenciador debe ser no la pena privativa de libertad, sino más bien un criterio "dependiente de las características del hecho sancionado".

20 En España, el rechazo al discurso crítico del Derecho penal moderno es presentado por *Gracia Martín* quien argumenta que dicho discurso es "insostenible e inaceptable desde la perspectiva histórico-material de las exigencias éticas y políticas de nuestro tiempo". Cfr. *Gracia Martín*, "¿Qué es modernización del Derecho penal?", en: Estudios de Derecho penal, Lima 2005, p. 714, 715; *el mismo*, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho

La solución a esta problemática pasa por un correcto entendimiento de la tarea del Derecho penal en la sociedad. El Derecho penal ¿tiene únicamente la función de reaccionar ante las lesiones de los bienes fundamentales de la sociedad? o ¿debe intervenir también ante riesgos que podrían concretarse en graves daños? Según la concepción mantenida en este trabajo, la finalidad preventiva del Derecho penal no puede reducirse pues al efecto colateral de evitar futuras lesiones a través –únicamente– del mensaje a la generalidad que se deriva de la imposición de una sanción penal a quien ha lesionado un bien. La finalidad preventiva del Derecho penal precisa que el Derecho penal intervenga ya antes de la lesión de bienes fundamentales de la sociedad, cuando su intervención posterior haría que los efectos del daño tenga consecuencias irreparables para la sociedad. A fin de cumplir con su función de protección, el Derecho penal debe intervenir ya ante riesgos que se plasmen en peligros concretos o abstractos para los bienes jurídicos[21]. Un ejemplo claro al respecto se puede observar en el Derecho penal del medio ambiente. Aquí la protección de la vida y la salud de las personas precisa ya una intervención cuando se producen afectaciones al medio ambiente como condición de existencia de la vida humana.

Tarea del Derecho penal es, también, influir en la conducta del individuo de tal modo que deben ser excluidos situaciones de peligro potenciales[22]. Las normas penales tienen que cumplir necesariamente funciones sociales porque si no, caen bajo la sospecha de inconstitucionalidad[23]

---

penal y para la crítica del discurso de resistencia, Valencia 2003, p. 37 y ss. En esta línea, *Gómez Navajas* considera que el Derecho penal no debe reducirse al denominado "Derecho penal nuclear", sino que este debe intervenir en ámbitos del denominado Derecho penal moderno como "en el ámbito de los delitos contra la intimidad", cfr. Gómez Navajas, La protección de los datos personales, Navarra 2005, p. 79, 87. En Argentina, *Pastor* postula una mayor intervención del sistema penal en el ámbito de los delitos "no tradicionales", subrayando que esta intervención no debe limitarse al Derecho penal material, sino esta debe alcanzar sobre todo al Derecho procesal penal. Cfr. *Pastor*, ¿Es conveniente la aplicación del proceso penal "convencional" a los delitos no "convencionales"?, en: Delitos no convencionales (compilación de Julio B. J. Maier), Buenos Aires 1994, p. 274, 275.

21 Cfr. *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4ta. ed., München 2005, § 2, n. marg. 68.

22 *Wohlers* (nota 2), p. 47; *Jakobs*, ZStW 97 (1985), pp. 751, 767.

23 Cfr. *Roxin*, Schlussbericht der Tagung zum Thema "Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts", en: Ulfrid Neumann/ Cornelius Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, Frankfurt am Main 2005, p. 178.

al ser consideradas ataques desproporcionados a la esfera de libertad del individuo –uso del medio más violento del que dispone el Estado–. Un Derecho penal que solamente sirve a la retribución de lesiones se enfrentaría a importantes reparos. Una sociedad que no entiende la existencia de la violencia estatal como finalidad *en sí misma* **solo puede legitimar el ejercicio de violencia estatal a través de** *consecuencias positivas*. Por tanto, la renuncia a una justificación de la pena estatal en resultados positivos para la sociedad debería ser visto como un retroceso en la cultura jurídica[24].

En la solución de la problemática del Derecho penal moderno no se trata de llevar las posturas al extremo y plantear dilemas que en realidad no existen. No se trata que el viejo Derecho penal europeo sea el buen Derecho penal y el Derecho penal moderno sea ilegítimo *per se*. Como ya lo han señalado *Roxin*, *Kuhlen*, *Schünemann* y *Wohlers*, se debe proceder, más bien, analizando en *cada caso*[25] cuándo nos encontramos ante intervenciones ilegítimas y cuándo estas intervenciones están justificadas bajo el manto de legitimidad en el cumplimento de los fines propios del Derecho penal.

IV.

Una de las explicaciones del surgimiento de esta política criminal plasmada en el Derecho penal "moderno", indica que el Derecho penal "clásico" sería un instrumento inadecuado para satisfacer las exigencias de eficacia preventiva. Como consecuencia de ello se presentaría en las sociedades una falta de credibilidad en la intervención penal. La razón de dicha "crisis" sería el modelo de imputación de responsabilidad penal, basado rígidamente en los principios tradicionales de imputación de resultado *individual-culpable*. Se "sobreexigiría" al modelo de imputación tradicional en la consecución de objetivos preventivos cuando este tiene que enfrentarse y superar problemas en contextos sociales con relaciones causales altamente complejas[26]. Ataques al orden social basados en

---

24 *Wohlers* (nota 2), p. 23.

25 Cfr. *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 70; *Kuhlen*, GA 1994, pp. 362 y ss.; *Schünemann*, GA, 1995, p. 213 y ss.; *Wohlers* (nota 2), pp. 311, 338, 343; *el mismo*, GA 2002, pp. 15, 20.

26 *Albrecht*, KritV 1993, pp. 163, 164 y ss.

procesos sistemáticos complejos mediante contribuciones causales personales no determinables claramente, apenas pueden ser tratados con la atribución de responsabilidad penal individualizada[27].

En la búsqueda de la solución, aparentemente se tendría: o bien que modificar las reglas tradicionales de imputación de responsabilidad penal que impiden una lucha efectiva contra los problemas sociales de modo tal que el modelo tradicional de imputación de responsabilidad personal sea remplazado por estructuras de imputación que posibiliten reaccionar previsoria, rápida y flexiblemente ante potenciales riesgos cambiantes, o bien, se tendría que reconocer que el Derecho penal, dado su naturaleza, es un instrumento en gran parte inadecuado para influir decididamente en los desarrollos sociales y en estos ámbitos de problemas[28]. Sin embargo, es equivocado hacer tal contraposición. El Derecho penal debe cumplir necesariamente su función social. Ello supone que el Derecho penal debe ser eficaz en la lucha contra estos riesgos dentro del marco que le corresponde y, por supuesto, su intervención debe ser legítima. La consecución de estos objetivos dependerá de en qué medida los principios tradicionales de imputación de responsabilidad penal pueden ser modificados sin abandonar el irrenunciable aseguramiento de libertad del individuo en un Estado de derecho, de tal modo que la efectividad preventiva del Derecho penal sea maximizada[29], esto es, sin menoscabar los irrenunciables principios del Derecho penal[30]. Lo importante es pues si la penalización de comportamientos potencialmente peligrosos para los bienes jurídicos –que aparece como *eficaz* bajo puntos de vista funcionales– puede ser fundada como legítima con vista a las "justificadas exigencias de libertad del individuo"[31].

---

27 *Wohlers* (nota 2), p. 46.

28 *Wohlers* (nota 2), p. 46.

29 *Prittwitz* (nota 2), p. 47 y ss., cfr. *Stratenwerth*, ZStW 105 (1993), p. 679 y ss.

30 Cfr. al respecto *Stratenwerth*, ZStW 105 (1993), pp. 679, 691 y ss.; *Prittwitz* (nota 2), pp. 50, 51 y ss.; *Wohlers* (nota 2), p. 50.

31 *Schünemann*, GA 1995, p. 213 y ss.; en el mismo sentido *Wohlers* (nota 2), p. 24.

V.

Ahora, como se puede observar de un análisis del Derecho penal contemporáneo, si el legislador decide intervenir mediante normas penales para prevenir determinados comportamientos, o si desea garantizar penalmente el cumplimiento de determinados comportamientos que son necesarios para el funcionamiento de contextos de acción anónimos tiene que necesariamente recurrir a tipos que no se fundan en el daño o peligro concreto de un determinado objeto de la acción, sino que se agotan en la simple descripción de comportamientos que en razón a su *no dominabilidad* general no deben suceder[32].

En el ordenamiento jurídico penal se observan diversos tipos de delitos que permiten abarcar –comprender en sí– diversos grados de daño y de peligro para el objeto de protección. Así, los *delitos de lesión*, en los cuales el tipo comprende comportamientos que tienen como consecuencia una afectación directa de los intereses protegidos y, por otro lado, los *delitos de peligro*, que comprenden comportamientos que no llevan hacia una afectación inmediata de un objeto del bien jurídico protegido, sino que crean una situación de la cual se puede desarrollar una afectación, pero que no necesariamente tiene que desarrollarse[33].

Luego, se puede diferenciar dentro de los delitos de peligro, entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Los *delitos de peligro concreto* exigen que en el caso concreto concurra un verdadero peligro para el objeto protegido a través del tipo en cuestión[34]. El caso práctico más importante es la "puesta en peligro del tráfico rodado" –previsto en el § 315c StGB– en el que fuera del peligroso modo de conducción allí descrito, es exigido adicionalmente, que sean puestos en peligro "el cuerpo y la vida de otra persona, o cosas ajenas de valor importante". En realidad, en estos casos estamos ante delitos de resultado[35]. Otra cosa distinta ocurre con los *delitos de peligro abstracto*. En estos delitos se san-

---

32 *Wohlers* (nota 2), p. 48.

33 *Roxin*, AT I, § 11 II, n. marg. 127 y ss.; *Wohlers* (nota 2), p. 281.

34 Cfr. *Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga*, Manual de Derecho penal. Parte General I, 4.ª ed., Lima 2011, pp.406; *Mir Puig*, Derecho penal. Parte general, 8.ª ed., Barcelona 2008, p. 229 y ss; *Bacigalupo*, Principios de Derecho penal. Parte General, 4.ª ed., Madrid 1997, p. 154 y ss.; *Quintero Olivares*, Curso de Derecho penal. Parte General, Barcelona 1996, 283 y ss.

35 *Roxin*, AT I, § 11 II, n. marg. 121 y ss.

ciona penalmente un comportamiento típicamente peligroso como tal, sin que en el caso concreto tenga que concurrir un resultado peligroso[36]. Para los delitos de peligro concreto, la realización del tipo está sujeta a la entrada de la situación de peligro en el caso particular. La producción del resultado peligroso es pues un elemento del tipo. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad del comportamiento penalizado no constituye ningún elemento del tipo, sino solo la razón o el motivo para la existencia de la norma penal[37].

Ahora bien, con vistas a la legitimidad de los tipos penales, el delito de lesión es visto generalmente como el tipo normativo fundamental de las normas penales. Su empleo no precisa de ninguna legitimación adicional –sí y en tanto proteja un bien jurídico penal–[38]. Entre los delitos de peligro, los de peligro concreto tampoco son muy problemáticos. Este tipo de delito ni es controvertido por su estructura, ni es puesta en duda su legitimidad en lo fundamental[39]. Los tipos del Derecho penal "moderno" orientados a la prevención de riesgos graves son, pues, los delitos de peligro abstracto[40]. Con vistas a la protección de bienes jurídicos supraindividuales que en el marco del Derecho penal "moderno" están en primer plano, se tiene que recurrir a los *delitos de peligro abstracto*[41].

El empleo de los delitos de peligro abstracto no ha estado libre de cuestionamientos. Algunos sectores de la doctrina han criticado esta técnica legislativa, indicando que atentaría contra las garantías del Derecho penal al sancionar conductas muy alejadas de aquello que pueda significar un "daño" para el objeto de protección. Sin embargo, dicha crítica no toma en cuenta la complejidad de la sociedad actual. Si se pretende una intervención preventiva del Derecho penal en nuestra sociedad, se precisa una intervención mediante los delitos de peligro abstracto. Los delitos de resultado serían inútiles[42] en la consecución de estos objetivos.

---

36 Cfr. *Roxin*, AT I, § 11 II, n. marg. 127 y ss.; *Schünemann*, JA 1975, p. 787 y ss.

37 *Roxin*, AT I, § 11 II, n. marg. 127 y ss.; *Schünemann*, JA 1975, p. 787 y ss.; *Wohlers* (nota 2), p. 282.

38 *Wohlers* (nota 2), p. 282.

39 *Wohlers* (nota 2), p. 284.

40 *Wohlers* (nota 2), p. 48; también *Schünemann*, GA 1995, pp. 201, 212 y ss.

41 *Wohlers* (nota 2), p. 285.

42 *Schünemann*, GA 1995, p. 213.

No se debe descalificar de plano el empleo de los delitos de peligro abstracto[43]. Esta actitud errada y extremista evita el debate y con ello el desarrollo científico que en este ámbito debe producirse. Elimina, asimismo, la posibilidad que tendría la dogmática penal de ejercer un control crítico de la legitimidad de la intervención penal mediante esta técnica legislativa. El camino a seguir debe ser, más bien, someter a una estricta evaluación de legitimidad *cada delito de peligro abstracto*, contribuyendo de este modo a que el legislador haga un uso de esta clase de tipos bajo los criterios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad.

De otro lado, se debe subrayar que el análisis de las normas penales –bajo las formas de delitos de peligro abstracto y con bienes jurídicos colectivos– no puede realizarse *en bloque*. Es dogmáticamente errado analizar la legitimidad del Derecho penal "moderno", o de los delitos de peligro abstracto, o de los bienes jurídicos colectivos, de manera general. Se debe proceder a analizar cada norma en particular y predicar de ella su legitimidad o ilegitimidad. Como lo señala *Roxin*, en esta tarea debe seguirse el camino del análisis individual de cada norma en base a su específica estructuración y los problemas propios que de ella se deriven[44].

VI.

Ahora bien, incluso si un ordenamiento jurídico penal dirigido a la prevención de daños ante riesgos graves resulta *eficaz* en la consecución del objetivo planteado –premunido de instrumentos jurídicos como los delitos de peligro abstracto, bienes jurídicos colectivos, entre otros– permanece la tarea de fundamentar su *legitimidad*. La legitimidad es el presupuesto necesario e ineludible de las intervenciones del Derecho penal

---

43 En este sentido también *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 70; *Greco*, "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, en: Revista Brasileira de Ciências Criminais, N.º. 49, 2004, p. 126 y ss, 135; *Kuhlen*, GA 1994, pp. 362 y ss.; *Schünemann*, GA, 1995, p. 213 y ss.; *Wohlers* (nota 2), pp. 311, 338, 343; *el mismo*, GA 2002, pp. 15, 20. En España, Cfr. *Gracia Martín*, ¿Qué es modernización del Derecho penal? (nota 20), pp. 765, 766, 767. De modo crítico con los delitos de peligro abstracto, en Perú, cfr. *Urquizo Olaechea*, Principio de legalidad: nuevos desafios, en: Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Madrid 2001, p. 71.

44 *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 70. En este mismo sentido, *Wohlers* (nota 2), pp. 311, 338, 343; *Kuhlen*, GA 1994, p. 367, *Schünemann*, GA 1995, p. 213 y s.

en todo Estado de derecho, puesto que dichas intervenciones constituyen siempre una afectación de los derechos fundamentales del ciudadano. La simple funcionalidad de una norma penal no fundamenta su legitimidad. Esto significa que las diferentes normas penales no pueden ser legitimadas solamente bajo la consideración de que un ordenamiento jurídico penal orientado a la efectiva protección de bienes jurídicos no puede renunciar a dichos tipos penales[45].

El análisis de legitimidad de las normas penales tiene su punto de partida en la correcta comprensión de la tarea asignada al Derecho penal en el ordenamiento social. La tarea del Derecho penal fija pues el ámbito en el que este puede intervenir, pero a la vez, fija también el ámbito hasta dónde puede intervenir, es decir, traza sus límites. Según la concepción sostenida aquí, la tarea del Derecho penal es y seguirá siendo en el futuro la protección subsidiaria de bienes jurídicos[46]. Luego, una intervención penal será legítima solo si está dirigida a su protección y si, además, se adecúa a los mandatos de *necesidad, eficacia, proporcionalidad* y *raciona-*

---

45 *Wohlers* (nota 2), p. 49.

46 En este sentido la doctrina dominante, cfr. *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 1 y ss.; *el mismo*, ZStW 116 (2004), p. 944; *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht. AT, 11va. ed., Bielefeld, 2003, § 3, n. marg. 10 y ss.; MünchKommStGB/*Freund*, vor §§ 13, n. marg. 37; NK-*Hassemer/Neumann*, vor § 1, n. marg. 108 y ss.; *Maurach/Zipf*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 8.ª ed. 1992, § 19, n. marg. 4 y ss.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5.ª ed., Berlin 1996, p. 257; SK-*Rudolphi*, vor, § 1, n. marg. 2; *Lackner/Kühl*, vor § 13, n. marg. 4; MünchKommStGB/*Joecks*, Einl., n. marg. 30. En Perú cfr. *Abanto Vásquez*, Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas, Lima 1997, p. 41 y ss.; *Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga*, PG I, p. 39 y ss. En Argentina, cfr. *Lascano*, Lecciones de Derecho penal. Parte General, Córdoba 2000, p. 18 y ss. En España, cfr. *Mir Puig*, PG, p. 116 y ss.; *García-Pablos de Molina*, Derecho penal. Introducción, Madrid 2000, p. 88 y ss; Müñoz Conde/García Arán, Derecho Penal. Parte General, 2da. ed., Valencia 1996, p. 58 y ss.; *Santana Vega*, La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Madrid 2000, p. 41 y ss. En Italia, cfr. *Moccia*, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: Entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", en: Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona 1997, p. 114 y ss. De otra opinión, entre otros, *Jakobs*, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.ª ed., Berlin/New York 1991, 2/12 y ss. En Perú, *Caro John* se muestra crítico ante la teoría del bien jurídico indicando que "la conocida teoría de la lesión de bienes jurídicos pierde peso porque el significado de un hecho penalmente relevante se expresa solo mediante la defraudación de una expectativa normativa y no así mediante la lesión de un bien jurídico", cfr. *Caro John*, "Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la Jurisprudencia penal peruana", en: Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs, El funcionalismo en Derecho penal, Bogotá 2003, pp. 149, 150, 151.

lidad. La teoría del bien jurídico tiene pues el rol central entre los criterios[47] que permiten evaluar la legitimidad de las intervenciones penales.

Según la teoría del bien jurídico sostenida en el presente trabajo, el Estado está legitimado para intervenir a través del Derecho penal solo si tiene como objetivo la protección de bienes jurídicos[48]. En materia penal el legislador no es totalmente libre, sino que tiene límites. Este límite al *ius puniendi* del Estado se desprende de la teoría del bien jurídico. Luego, ya en el plano metodológico, la premisa mayor radica en la tarea del Derecho penal como objeto y límite de la intervención penal. Esta premisa constituye el marco en el cual debe ser buscado el criterio de legitimidad del Derecho penal. Luego, en un segundo nivel de concretización, viene el principio de protección de bienes jurídicos que debe desplegar su carácter crítico al ser puesto en relación con las normas penales, esto es, al ponerse en relación los *tipos* de bienes jurídicos con las *estructuras* de las normas penales.

En la doctrina no se ha aceptado pacíficamente el rol central de la teoría del bien jurídico[49] como criterio legitimador. Es más, se puede observar que en los últimos tiempos se la ha cuestionado radicalmente negándole rol alguno en la dogmática penal, y en el mejor de los casos negando su carácter crítico. A esto se suma el ya "clásico cuestionamiento" al concepto material del bien jurídico[50]. Cabe pues preguntarse: ¿agoniza

47 En el presente trabajo nos centramos en la teoría del bien jurídico. Sobre los demás presupuestos de legitimidad de las intervenciones penales, cfr. *Appel*, Verfassung und Strafe –Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998, 30 y ss.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte– Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatikdargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalität, 1996, p. 21 y s., 231 y ss.; *Weigend*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt, en: Libro Homenaje a Hans Joachim Hirsch, Berlin/New York 1999, p. 917 y ss.

48 Cfr. también *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Stuttgart, p. 121, 122, 123; *Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, en: Libro Homenaje a Richard M. Hönig, Göttingen 1970, pp. 151, 167, *Marx*, Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut", Köln/ Berlin u.a. 1972, p. 70 y ss, *Otto*, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, en: Heinz Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Köln/Berlin u.a. 1971, p. 14 y ss.

49 Cfr. *Stratehwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 5. ed., Köln/Berlín/München 2004, § 2, n.marg. 5 y ss.; *Stratehwerth*, Zum Begriff des "Rechtsgutes", en: Libro Homenaje a Theodor Lenckner, Munich 1998, p. 388 y ss.

50 Cfr. *Stratehwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 5. ed., Köln/Berlín/München 2004, § 2, n.marg. 5 y ss.; *Stratehwerth*, Zum Begriff des "Rechtsgutes", en: Libro Homenaje a Theodor Lenckner, Munich 1998, p. 388 y ss.; *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, Frankfurt am Main, 1994, p. 58 y ss.; *Frisch*, An der Grenzen

ciertamente la teoría del bien jurídico? ¿asistimos acaso a sus últimos días en la dogmática penal?

VII.

A lo largo de la historia de la dogmática penal, se ha intentado construir un concepto de bien jurídico que comprenda el objeto de protección de todos los tipos penales y, a la vez, resguarde un carácter crítico. Así, en tiempos de la ilustración y bajo su filosofía se definió al delito como lesión de derechos subjetivos. En este sentido, *Feuerbach*[51] vio como objeto de protección de cada norma penal un derecho subjetivo del individuo o de la sociedad. No obstante, el primer intento de construcción del concepto de bien jurídico vino de *Birnbaum*[52] quien en 1834 introdujo el concepto "bien" en la ciencia del Derecho penal. Su objetivo fue lograr una definición natural del delito, independiente del Derecho positivo. Sin embargo, *Binding*[53], quien utilizó en la dogmática por vez primera el concepto de "bien jurídico", consideró trascendental la decisión del legislador para proteger jurídicamente un bien. El bien jurídico sería un estado valorado por el legislador, todo lo que a los ojos del legislador es valioso para la vida saludable de la comunidad jurídica. Posteriormente, desde una concepción ya clásica, *v. Liszt*[54] definió los bienes jurídicos como "intereses humanos" que se derivan de la vida misma.

Más recientemente se ha definido al bien jurídico como: "intereses vitales de la comunidad que el Derecho penal protege"[55], "circunstancias dadas o finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, para la realización de sus derechos fundamentales y para el funcionamiento de un sistema estatal basado en esos fines"[56], "oportunidades de

---

des Strafrechts, en: Wilfried Küper und Jürgen Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, p. 71 y ss

51 *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1847, § 21.

52 *Birnbaum*, NArch.CrimR, tomo 15, 1934, p. 149 y ss.

53 Handbuch des Strafrechts, tomo 1, 1885, p. 169 y ss

54 Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 10.ª ed., 1900, p. 53 y ss.

55 *Jescheck/Weigend*, AT, p. 256.

56 *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 7.

participación en la sociedad"[57], "intereses dignos de protección"[58], "estado especialmente valorado de la realidad vital externa"[59], "valor ideal"[60], "unidades sociales de función sin el cual nuestra sociedad estatal no podría sobrevivir"[61], entre otros[62].

Ante este variado panorama, ha sentenciado *Stratenwerth*[63] que a pesar de los múltiples esfuerzos no se ha logrado hasta hoy siquiera mediana claridad sobre el concepto de bien jurídico. Todos los intentos por encontrar una definición que comprenda a todos los tipos penales cuya legitimidad este fuera de duda han fracasado. Ciertamente este panorama ofrece espacio para aquellos que ponen en duda la utilidad del concepto de bien jurídico: los conceptos dados hasta ahora, o bien son demasiados selectivos, lo cual elimina su capacidad de servir de concepto que abarque a todos los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal, o bien son demasiado abstractos, lo que hace de ellos un concepto vago que no enuncia sus atributos y que al final de cuentas lo comprende "todo"[64].

Pese a todo la opinión de *Stratenwerth* es exagerada. Los conceptos de bien jurídico ofrecidos hasta hoy, si bien dejan ver limitaciones, no son del todo equivocados[65]. La búsqueda de un concepto "mágico" de bien jurídico que lo abarque todo con precisión milimétrica y que sea válido en todo espacio es un camino equivocado. Esta búsqueda está destinada al fracaso ya desde el inicio. Un concepto omnicomprensivo de bien jurídico –que diga con precisión qué es un bien jurídico y qué no lo es– es pues imposible. La ciencia del Derecho penal ha puesto demasiadas (infundadas) espectativas en este concepto sobreexigiéndole en sus funciones. Por lo mismo, su cuestionamiento basado en dichas falsas espectativas

---

57 *Calliess*, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974, p. 13.

58 *Maurach/Gössel/ Zipf*, AT I, § 19, n. marg. 4 y ss.

59 *Mayer*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1953, p. 53.

60 *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 3, n. marg. 18.

61 *Rudolphi* (nota 48), p. 163.

62 Un panorama en detalle de las diferentes definiciones del bien jurídico lo ofrece *Koriath*, GA 1999, p. 565.

63 *Stratehwerth/Kuhlen*, AT I. § 2, n. marg. 7.

64 S e llega a parar a la nada feliz elección entre vagedad y selectividad, cfr. NK-*Hassemer/Neumann*, vor § 1, n. marg. 144; *Hefendehl*, GA 2002, p. 22.

65 Similar *Abanto Vásquez* (nota 46), p. 44.

es injustificado. No se trata pues de construir previamente un concepto mágico de bien jurídico, sino de derivar de ella principios que permitan en cada caso asegurar la legitimidad de la intervención penal.

VIII.

La tarea central de la teoría del bien jurídico es la de servir de límite al poder sancionador del Estado. El carácter crítico es inherente al bien jurídico[66]. En la moderna discusión se indica, sin embargo, que el bien jurídico únicamente serviría como instrumento en la interpretación de los tipos penales, pero que carecería de carácter crítico. Las voces que lanzan estas críticas tienen como antecedente a aquellas que indican que el bien jurídico es únicamente un resumen conceptual del "sentido y finalidad de los tipos penales"[67], una "abreviatura del pensamiento final"[68] o la simple "*ratio legis*"[69] de los tipos penales.

Un concepto hermenéutico del bien jurídico es inadecuado para el Derecho penal y para las funciones que este tiene en el ordenamiento jurídico de un Estado de derecho. Dicho concepto abriría las puertas del arsenal penal al legislador, sin ningún límite, lo que podría llevar a casos extremos de criminalización como imponer a través del Derecho penal convicciones políticas, morales o religiosas. El principio de protección de bienes jurídicos debe resguardar pues su función crítica.

En el debate actual sobre la teoría del bien jurídico es bueno observar que los esfuerzos de la ciencia del Derecho penal están dirigidas no a rechazar de plano el bien jurídico, sino a realizar un examen crítico de este[70]. Es pues un imperativo seguir en esta tarea, pues su negación sería

---

66 En sentido similar, *Greco* sostiene el carácter crítico del bien jurídico. Cfr. *Greco* (nota 43), p. 97 y ss; también cfr. *Moccia*, (nota 46), p. 142; *Mir Puig*, PG, p. 124 y ss; *Abanto Vásquez* (nota 46), p. 42, 55, 57.

67 *Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, p. 30 y ss.

68 *Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, en: Festgabe für Reinhard von Frank, tomo 1, 1930, p. 8.

69 *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930, p. 25.

70 El reciente trabajo de *Greco* es una muestra representativa de esta tendencia. Cfr. *Greco* (nota 43), p. 89 y ss.

un retroceso en la cultura jurídica. En la dogmática penal alemana puede observarse esfuerzos en este sentido.

Desde una perspectiva crítica, *Wohlers*[71] presenta una interesante y por lo demás constructiva concepción que significa un avance importante en la búsqueda de criterios que permitan evaluar la legitimidad del Derecho penal "moderno". Él parte de considerar que la tarea consiste en buscar la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, pues estos son los tipos mediante el cual el Derecho penal "moderno" se presenta. *Wohlers* no niega la utilidad del principio del bien jurídico como lo hacen algunos autores. Para él, el punto de partida del análisis de legitimidad de los tipos penales debe seguir siendo la teoría del bien jurídico: la determinación de los intereses protegidos por la norma, esto es, los *bienes jurídicos*. Sin embargo, según su concepción crítica, luego se debe recurrir a otros criterios. Así, si un bien jurídico se comprueba como digno de protección en lo fundamental, entonces la legitimidad de la norma dependerá decisivamente de la *estructura del delito* que resulta de la relación de los comportamientos correspondientes comprendidos por tipo penal con el "algo" protegido como bien jurídico. De entre los delitos de peligro abstracto, él diferencia tres tipos de delitos: *delitos de peligrosidad concreta, delitos por acumulación*[72] y *delitos de preparación*. Luego la legitimidad de las normas penales debe ser evaluada en confrontación con los criterios específicos que esboza para cada tipo de delito[73].

También *Hefendehl*[74] aborda la problemática de los cuestionamientos a la teoría del bien jurídico. Los esfuerzos de *Hefendehl* están dirigidos a reforzar la validez de la teoría del bien jurídico en la dogmática penal. Él no recorre el camino de concebir una nueva definición, sino se plantea

---

71 Cfr. *Wohlers* (nota 2), p. 21 y ss.; *el mismo*, GA 2002, p. 15 y ss.; *el mismo*, Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – Zu den Kriterien fairer Zurechnung, en: Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, p. 196 y ss.

72 Concepto creado por *Kuhlen*, cfr. GA 1986, p. 389 y ss.

73 *Wohlers* (nota 2), p. 343; *el mismo*, GA 2002, pp. 15, 20.

74 Cfr. *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln/Berlin 2001, §§ 3 II, 4, 7, 9; *el mismo*, GA 2002, p. 21 y ss.; *el mismo*, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, en: Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, p. 119 y ss.

"materializar el concepto de bien jurídico desde abajo"[75] elaborando ciertos criterios. Así plantea que el bien jurídico ha de ser siempre un objeto *real* lo cual implica que este no debe ser solo un valor ideal ni tampoco solo un conjunto de objetos corporales. La alternativa a lo "ideal" no es lo "material" (corporal), sino lo "real". Que la configuración personal de la constitución y de las actividades estatales deben llevar a la conclusión de que el hombre es el valor superior sobre el cual el Estado se funda. Luego, una comprensión correcta de este postulado no debe llevar a absolutizar los intereses individuales, sino debe llevar a equilibrar dichos intereses. Los intereses colectivos son pues las condiciones que posibilitan el desarrollo del individuo. Igualmente, sugiere que el principio de proporcionalidad debe ser puesto en conexión con la teoría del bien jurídico para así alcanzar su dimensión constitucional. Bajo estos postulados, *Hefendehl* procede, luego, a realizar un análisis de la estructura de los bienes jurídicos colectivos y luego una clasificación de estos en subgrupos para así facilitar el análisis de legitimidad de las normas penales. El bien jurídico es para *Hefendehl* la piedra angular[76] de dicho análisis.

Tampoco para *Schünemann* el bien jurídico constituye únicamente una guía en la interpretación de las normas penales, sino que esta guarda un carácter crítico. Así, afirma que cuando el concepto de bien jurídico "no es utilizado para el "ambicioso" fin de limitar constitucionalmente la legislación penal, no constituye meramente el resumen conceptual de un resultado perseguido mediante otras operaciones (como sugiere la conocida formulación de la "abreviatura del pensamiento teleológico"), sino que cumple un importante papel productivo ya en este plano primario de la determinación de la estructura delictiva y, a continuación, (en el plano secundario) de la determinación del marco de las acciones que son descritas por el tipo penal como ejecutadas *en desmedro del bien jurídico*"[77] Luego argumenta criticando a *Stratenwerth,* que el "requerimiento de una definición clasificatoria del concepto de bien jurídico, en la que solo debería efectuarse la subsunción al analizar los tipos penales

---

75 Respecto a la propuesta de materializar el concepto de bien jurídico desde abajo, cfr. también NK-*Hassemer/Neumann*, vor § 1, n. marg. 145.

76 *Hefendehl,* Das Rechtsgut (nota 74), p. 132.

77 *Schünemann,* Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der Verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, en: Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, pp. 133, 134.

en particular, parte de bases metodológicas desacertadas y, por eso, no es apropiado para demostrar la falta de valor del principio de protección del bien jurídico para la formación del Derecho"[78].

IX.

Los resultados finales del debate sobre el bien jurídico están aún por verse. Pero una cosa se puede avizorar con claridad: que la categoría "bien jurídico" con su carácter dogmático, sistemático y sobre todo crítico, le restan todavía muchos años de vida. En el Derecho penal actual, la importancia de la teoría del bien jurídico está hoy más presente que nunca[79]. Es inimaginable una dogmática del Derecho penal que no incluya la teoría del bien jurídico. Una dogmática que la rechace se enfrentará pues con mayores problemas que aquella que la incluya. Por lo demás, y subrayando lo dicho anteriormente, no se trata de dejar de lado la discusión sobre la teoría del bien jurídico simplemente rechazándola. Más bien, se trata de desplegar esfuerzos por un análisis crítico de esta teoría y así posibilitar su desarrollo; el bien jurídico es pues la base material de la dogmática penal a pesar de todos los pronósticos apocalípticos.

Sin embargo, no se trata de construir un nuevo concepto de bien jurídico, sino de considerar a toda la teoría del bien jurídico como una pauta político criminal y normativa[80] que permita en cada caso en concreto –léase "ante cada norma en particular"– evaluar la legitimidad de la intervención penal. La teoría del bien jurídico debe ser entendida como una pauta político criminal y normativa que materializa en sí los principios que se derivan de la filosofía política de la ilustración. Según ella, el Estado no es un *ente* en sí mismo, sino que está al servicio del ciudadano.

---

78 *Schünemann* (nota 77), p. 135.

79 SK-*Rudolphi*, vor § 1, n. marg. 3; MünchKommStGB/*Freund*, vor §§ 13 ff., n. marg. 42; *Hassemer*, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, en: Roland Hefendehl / Andrew von Hirsch / Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, p. 57 y ss.; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 3, n. marg. 17; MünchKommStGB/*Joecks*, Einl., n. marg. 37.

80 Cfr. *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 12; *Schünemann* (nota 77), p. 137; *Hassemer* (nota 79), p. 58; NK-*Hassemer/Neumann*, vor § 1, n. marg. 146, consideran a la teoría del bien jurídico como "un importante topos de argumentación para una adecuada política criminal y para la aplicación del Derecho penal".

El acuerdo político permite al Estado restringir la libertad del individuo únicamente en la medida que esta sea necesaria para asegurar la libertad de todos. El Estado tiene pues límites en su actuación.

En el análisis de legitimidad de las intervenciones penales, la teoría del bien jurídico permite determinar claramente cuándo estamos ante verdaderos bienes jurídicos, ante qué tipo de bienes jurídicos y, como consecuencia de ello, qué tipo de estructura de delito corresponde emplear, lo cual determinará un cierto *nivel de exigencia* –necesario– para la legitimidad de las intervenciones penales.

Estas "virtudes" pueden ser observadas, solo por mencionar unos ejemplos, en el *Derecho penal de drogas*. Aquí, la teoría del bien jurídico permite dilucidar cuándo se está realmente ante un verdadero bien jurídico y, como consecuencia de ello, si estamos ante tipos legítimos. Normalmente se justifica la existencia de los tipos penales que sancionan el consumo y la posesión de drogas argumentando que mediante dichos tipos penales se busca proteger la *salud pública*. Sin embargo, este concepto, que supuestamente constituiría un bien jurídico de carácter colectivo para cuya protección se haría necesario los tipos de peligro abstracto, no es sino un concepto vacío. En realidad al hablar de salud pública se está haciendo referencia a la salud de cada individuo que forma parte de la sociedad. No estamos pues ante un bien jurídico colectivo, sino ante una suma de bienes jurídicos individuales[81]. Esta constatación tiene consecuencias importantes para la dogmática del Derecho penal de drogas, pues como señala *Hefendehl*[82] sobre un bien jurídico individual puede el propio titular del mismo disponer y decidir. Luego, la decisión de una persona de llevar una vida "insana" no justifica la intervención del Derecho penal, pues esa decisión pertenece a la esfera de libertad del individuo[83]. Desde otra perspectiva podría indicarse que en el consumo

81 Cfr. *Hefendehl*, Das Rechtsgut (nota 74), p. 121; *Greco* (nota 43), pp. 114, 115, 116, 117.

82 *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (nota 74), § 4, pp. 142, 143.

83 Similar *Nestler*, Grundlagen und Kritik des Betäubungsmittelstrafrecht, en: Arthur Kreuzer (Hrsg.), Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts, München 1998, § 11, n. marg. 102 y ss. También *Haffke* rechaza la legitimidad de la intervención del Estado en este ámbito, pero con argumentos que consideran a la "adicción" como una enfermedad, cfr. *Haffke*, ZStW 107 (1995), 761, 780, 791 y s.

de drogas se trata de una mera autopuesta en peligro[84]. Estas normas no son legitimables desde una concepción del Derecho penal basado en la protección de bienes jurídicos[85], puesto que las conductas ahí descritas no podrían jamás poner en peligro la salud pública –ni siquiera abtractactamente– pues esta no existe.

Otro ejemplo se presenta en el *Derecho penal del tráfico rodado*. Aquí la teoría del bien jurídico permite determinar ante qué tipo de bien jurídico realmente nos encontramos y como consecuencia de ello determinar un cierto nivel de exigencia para la legitimación de dichas normas. Por lo general, en supuestos como los de "conducción en estado de ebriedad" se justifica la intervención del Derecho penal afirmando que se protege la *"seguridad en el tráfico"*. Sin embargo, aquí no nos encontramos realmente frente a un bien jurídico colectivo, sino que las normas penales que sancionan conductas peligrosas en el marco del tráfico rodado protegen en realidad, anticipadamente, bienes jurídicos individuales, como la vida, la salud o los bienes de los participantes en el tráfico automovilístico[86]. Se trata pues de un adelantamiento –en este caso justificado– de las barreras del Derecho penal a fin de garantizar una mejor protección de dichos bienes jurídicos *individuales*. Ahora bien, dado que en realidad se trata de bienes jurídicos individuales y no de bienes jurídicos colectivos se precisa de ciertos criterios que fundamenten la imputación y que vayan más allá del simple "conducir"[87].

Finalmente, el caso del *Derecho penal del medio ambiente*. Aquí la teoría del bien jurídico permite fundamentar el deber de protección que tiene el Estado de los intereses fundamentales para la existencia de la sociedad, esto es, desarrolla una tarea legitimadora[88]. Como se ha observado, parte

---

84 Cfr. *Schünemann* (nota 77), p. 146 y s.; también *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 32 y ss.

85 *Roxin*, AT I, § 2, n. marg. 69.

86 Cfr. *Schünemann* (nota 77), p. 152; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (nota 74), § 4, p. 140 y ss. En sentido similar, criticando los "crimes de tránsito", cfr. *Greco* (nota 43), p. 112 y ss. Con relación al § 316 StGB (conducción en estado de ebriedad) SK/*Rudolphi*, vor § 1, n. marg. 9a; MünchKommStGB/*Freund*, vor §§ 13, n. marg. 46.

87 *Schünemann* (nota 77), p. 152.

88 *Hassemer* hace referencia al "bien jurídico" como criterio que permite fundamentar el deber de protección que tiene el Estado (*Rechtsgut als Untermaßverbot*), cfr. (nota 79), pp. 63, 64; en sentido similar *Schünemann* (nota 77), p. 153; *Moccia* (nota 46), p. 114 y ss.; *Abanto Vázquez* (nota 46), p. 55 y ss.

de la doctrina ha cuestionado la legitimidad de los tipos penales que protegen el medio ambiente. Dado que en este ámbito se trataría de prevenir riesgos *futuros,* se cuestiona que el Derecho penal deba intervenir. Desde una concepción basada en la teoría del bien jurídico se legitima sin mayor problema la intervención del Derecho penal para la protección del medio ambiente, puesto que este constituye una condición fundamental para la existencia actual de la persona humana y de las generaciones futuras y, como tal, es un interés fundamental digno de protección penal.

Además, en este caso, la teoría del bien jurídico nos permite afirmar que estamos ante un verdadero bien jurídico colectivo. Esta constatación es de importancia, puesto que solo el ataque a los objetos de acción de verdaderos bienes jurídicos colectivos produce una afectación de los mismos. Luego, al ser el medio ambiente un verdadero bien jurídico supraindividual, cada derrame de desechos industriales en un río produce ya una afectación del bien jurídico por lo que se justifica la sanción de dicha conducta, sin la necesidad de esperar un efecto acumulado.

X.

Resumiendo, y a manera de conclusión, debe ser subrayado que es necesaria la intervención del Derecho penal a fin de proteger la sociedad ante los nuevos riesgos. Esta intervención es incluso un deber ético del Estado. Presupuesto constituye únicamente el respeto a los postulados de necesidad, eficacia y legitimidad. No se puede sacrificar bajo ninguna consideración la necesaria legitimidad de las intervenciones penales, pues esta salvaguarda los espacios de libertad del individuo.

Ahora bien, la valoración de legitimidad de las intervenciones penales no puede realizarse *en bloque.* No se puede predicar sobre la legitimidad del Derecho penal "moderno" en general, o ya solo de determinado tipo de delito –como los delitos de peligro abstracto–, o de un determinado tipo de bien jurídico –como los bienes jurídicos colectivos–. Más bien, se tiene que valorar la legitimidad de cada una de las normas penales, individualizadamente. Es frente a cada norma que se debe valorar su legitimidad constitucional.

Criterio para esta valoración ha sido, es y seguirá siendo durante mucho tiempo aún, la teoría del bien jurídico. Estas conclusiones llevan

a reafirmar la concepción según la cual la teoría del bien jurídico tiene carácter crítico y, por lo mismo, constituye el límite que se debe oponer al legislador. La teoría del bien jurídico es pues la piedra fundamental de la dogmática penal. Sin embargo, la concepción sostenida aquí no es unidimensional, puesto que no considera a la teoría del bien jurídico como único criterio que garantiza la legitimidad. Se pueden desarrollar otros criterios para garantizar la legitimidad de las intervenciones penales; no obstante, considero que la teoría del bien jurídico tiene el papel central en esta tarea. En ella deben ser enlazadas los criterios que se desarrollen en el futuro. Mi postura científica apuesta pues por el desarrollo de la teoría del bien jurídico, en este sentido puede afirmarse que es una concepción abierta.

El "hecho posterior" impune en el Derecho penal*

I. Preliminares

En la dogmática del Derecho penal se considera *"hecho posterior" impune,* también llamado *"hecho posterior" copenado,* a la acción típica por medio de la cual el autor asegura, utiliza o aprovecha la posición o beneficio obtenido mediante un hecho delictivo anterior. Así, por ejemplo, el comportamiento de quien, después de haber hurtado un autoconvence a otra persona, que sabe que el auto tiene procedencia ilícita, para que lo compre; o el comportamiento de quien después de haber falsificado un documento hace uso del mismo. La acción de instigar a la compra del auto y de usar el documento falsificado, son típicos "hechos posteriores" sobre los cuales no recae pena alguna, puesto que estos hechos únicamente habrían servido al aprovechamiento y uso de la posición alcanzada mediante el hecho anterior.

La teoría del "*hecho posterior*" –que en un primer acercamiento se presenta clara y sin problemas– es uno de los temas más controvertidos en la dogmática del Derecho penal. En este ámbito nada es pacífico. Si ya el concurso de delitos en general es uno de los ámbitos en el que la dogmática pierde unidad y claridad, en el tratamiento del hecho posterior esto adquiere un estado aún más crítico. El debate encendido que abarca no solo a la doctrina sino también a la jurisprudencia presenta muy variadas y encontradas posturas. Los tópicos del debate son su fundamen-

---

* Publicado en: Iuris Lex Societas, Año II, N.º. 2, Trujillo, Perú 2007.

tación dogmática, sus presupuestos de concurrencia, los grupos de casos en los que se presenta y, sobre todo, sus consecuencias jurídicas.

Las páginas que siguen son el resultado de una investigación que aborda la problemática del "hecho posterior" impune en el Derecho penal. Paralelamente a la presentación del estado actual de la discusión en la doctrina, intentamos presentar soluciones a los distintos tópicos que presenta esta problemática, esforzándonos en esta tarea, en traer claridad a esta confusa discusión científica.

II. Sistemática y fundamento

1. El *"hecho posterior"* impune o copenado es un delito autónomo, como tal reúne todas las características dogmáticas de un hecho criminal, es decir, se trata de un comportamiento típico, antijurídico y plenamente culpable[1]. Sobre este no recae pena alguna en razón a que solo habría servido al aseguramiento, utilización o aprovechamiento de la posición alcanzada mediante una acción ilícita anterior. Visto dogmáticamente, el hecho posterior permanece impune en razón de que con la sanción del hecho anterior ya no existiría la necesidad de sancionarlo independientemente. El contenido de injusto del hecho posterior estaría ya compensado con la sanción del hecho principal[2].

2. Existe consenso respecto a que el *hecho posterior* forma parte de la teoría del concurso; pero solo hasta aquí llega el acuerdo. En la doctrina existe aún hoy, un debate abierto sobre a qué tipo de concurso pertenece[3]. Parte de la doctrina lo ubica dentro de la *especialidad*, otros consideran que se trata de una forma de *subsidiariedad*, un creciente sector lo ubica en la *consunción* y hay quienes lo consideran como una forma autónoma de la teoría del concurso de leyes. Una posición "particular" es la defendi-

---

1 *Vogler*, FS-Bockelmann, 1979, p. 715 y ss.; *Wessels/Beulke*, AT, 36.ª ed. 2006, § 17, n. marg. 795; *Jescheck/Weigend*, AT, 5.ª ed. 1996, § 69 II 3a; LK-*Rissing-van Saan*, 12.ª ed. 2006, vor § 52, n.marg. 151; *Küpper*, NStZ 1988, p. 60 y s.; *Otto*, Jura 1994, p. 276; *Jakobs*, AT, 2.ª ed. 1991, 31/34.

2 LK-*Rissing-van Saan*, vor § 52, n. marg. 151 y s; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I, 5.ª ed. 2004, § 18, n. marg. 17, 18.

3 En España, *Escuchuri Aisa* asume una posición muy controvertida al afirmar que en el Derecho penal "no hay espacio para el denominado hecho posterior copenado", cfr. *Escuchuri Aisa*, Teoría del concurso de leyes y delitos, 2004, p. 352.

da por *Puppe*[4], quien afirma que el llamado "hecho posterior" no es sino un caso de *concurso ideal en virtud de unidad de resultado.*

3. Consecuente con su concepción sobre la teoría del concurso –según la cual todos los casos de concurso de leyes serían casos de especialidad[5]– *Jakobs* considera al hecho posterior como un caso de *especialidad en virtud de intervención previa.* Él indica que en algunos delitos el autor responde completamente por un suceso dañoso si la realización del hecho anterior ha ganado ya "significado" aunque el suceso no se haya realizado completamente[6].

4. Para un reducido sector de la doctrina tradicional el hecho posterior es supuesto de subsidiariedad[7]. El hecho posterior sería subsidiario respecto del hecho principal. Esta postura debe rechazarse si se repara en lo siguiente: *primero*, que en la subsidiariedad los tipos en concurso están en una relación sistemática, según la cual solo en caso que el tipo llamado a aplicarse no pueda emplearse, será de aplicación el tipo subsidiario y, *segundo*, que el tipo subsidiario tiene siempre una función de reemplazo. A diferencia de los casos de subsidiariedad, en el hecho posterior se presentan dos hechos típicos que, de cara al ordenamiento jurídico, precisarían una sanción directa. No es necesario que el primer hecho decline para que el segundo hecho entre en aplicación. De otro lado, en el hecho posterior no estamos ante tipos penales que guardan entre sí una simple relación lógico-sistemática –como sí ocurre en la subsidiariedad–, sino ante una relación fáctica que se pone en evidencia recién en el caso concreto.

5. Una amplia opinión en la doctrina[8] considera que la razón de la impunidad del hecho posterior radica en que se trata de un caso de *consunción* (*lex consumens derogat legi consumptae*). Este criterio concur-

---

4 *Puppe*, AT II, 2005, p. 303.

5 *Jakobs*, AT, 31/12.

6 *Jakobs*, AT, 31/34.

7 *Hurtado Pozo*, PG II, 4.ª ed. 2011, n. marg. 2528.

8 En este sentido *Villavicencio Terreros*, PG, 2009, n. marg. 1585. En la doctrina alemana cfr. *Roxin*, AT II, 2003, § 33, n. marg. 219; *Jecheck/Weigend*, AT, § 69 II 3a; *Honig*, Straflose Vor- und Nachtat, 1927, p. 81 y s.; SK-*Samson/Günther*, 1995, vor § 52, n. marg. 99 y ss.; *Otto*, Jura 1994, p. 276; *Warda*, JuS 1964, p. 92; *Seier*, Jura 1983, p. 230; Sch/Sch/*Stree/Sternberg-Lieben*, 27.ª ed. 2006, vor §§ 52 ff., n. marg. 124, 129; *Wessels/Beulke*, AT, § 17, n. marg. 795. En España participan de esta posición: *Bacigalupo*, PG, 4. ed. 1997, p. 421; *Cerezo Mir*, PG III, 2001,p. 318;

sal indica que el contenido del injusto de una acción típica concreta está contenida ya en otra[9], de tal modo que con la sanción de la *lex consumens* se valoraría ya el injusto de todo el evento criminal. Luego, al tratar la problemática del hecho posterior se considera que la sanción del hecho principal tomaría ya en consideración el injusto del hecho posterior[10]. Por esta misma razón, se indica que el concepto de "hecho posterior impune" no sería feliz, pues únicamente hace referencia a la consecuencia (la impunidad del hecho posterior), sin tener en cuenta la razón material de la misma (compensación del injusto del hecho posterior). Preciso sería llamarlo hecho posterior *copenado*[11] pues así se pondría de relieve que el autor ha realizado un segundo hecho antijurídico.

No obstante, pese a ser esta postura más explicativa que la anterior, también presenta objeciones. El hecho posterior no está pues contenido –"consumido"– por el hecho principal; tampoco es un hecho acompañante típico. Si bien concurre frecuentemente al lado del hecho principal, esto no ocurre siempre. Tampoco es necesario su concurrencia para la configuración del delito principal. A diferencia de la consunción, en el hecho posterior no se trata de la pregunta de si el legislador ha efectuado un determinado encuentro frecuente de tipos ya en el momento de asignar la amenaza penal, antes de cada realización delictiva; sino de la valoración posterior de un caso concreto bajo el punto de vista de la necesidad de pena de ambos hechos[12].

6. De lo esbozado se desprende que es preferible asignar autonomía al hecho posterior y reconocer su calidad de criterio especial de concurso[13]. Aquí, a diferencia de las demás formas de concurso, no se trata de un análisis abstracto-sistemático de los tipos penales en concurso, sino de una valoración del caso en concreto, de los tipos que se configuran como resultado del evento criminal en concreto. Antes del evento criminal en

---

Muñoz Conde, PG, 2. ed. 1996, p. 491; *Cobo del Rosal/Vives Antón*, PG, 5.ª ed. 1999, pp.178, 179; *Mir Puig*, PG, 8.ª ed. 2008, p. 657.

9 Cfr. *Villa Stein*, PG, 2.ª ed. 2001, P. 472; *Villavicencio Terreros*, PG, n. marg. 1583.

10 Cfr. *Warda*, JuS 1964, p. 92; *Otto*, Jura 1994, p. 276

11 *Otto*, Jura 1994, p. 276.

12 LK-*Rissing-van Saan*, vor § 52, n. marg. 151.

13 En este sentido también *Vogler*, FS-Bockelmann, 1979, p. 715; *Warda*, JuS 1964, p. 92; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I, § 18, n. marg. 17; *Tröndle/Fischer*, StGB, 54.ª ed. 2007, vor § 52, n. marg. 64, 65.

el que el autor luego de hurtar un bien comete fraude para asegurar el botín obtenido, no entran en consideración supuestos de concurso. El tipo de hurto no comprende en el plano sistemático-abstracto al delito de fraude. Por esta misma razón la impunidad del hecho posterior no se fundamenta en que el tipo de hurto comprende ya el desvalor del tipo de fraude. En suma, el surgimiento del hecho posterior no es el resultado de una interpretación de leyes en el plano abstracto, sino que este se funda en la función del hecho posterior concreto que es la simple utilización o el aseguramiento del botín obtenido.

En la doctrina alemana, la concepción de *Vogler*[14] es ilustrativa al respecto. Este profesor indica que en el "hecho posterior" –distinto al concurso de leyes– no se trata del concurso de dos amenazas penales abstractas antes de la comisión, sino de la concurrencia de dos pretensiones penales que se pueden imponer ya plenamente en el momento del juzgamiento. Si en el caso concreto una de las pretensiones penales no fuera aplicable, entonces no existiría ningún hecho posterior, sino solo un hecho principal. Se observa pues, que en la problemática del hecho posterior el objeto de valoración no son las normas abstractas (prescripciones penales), sino los hechos concretos (pretensiones penales). Luego, no son en realidad consideraciones de concurrencia (encuentro de prescripciones penales) las que llevan a la impunidad del hecho posterior, sino consideraciones de necesidad de pena y merecimiento de pena[15].

Resumiendo, debemos indicar que lo decisivo en el hecho posterior no es la relación lógico-sistemática que guardan entre sí los tipos penales en concurso, sino la relación funcional fáctica en la que se encuentra el hecho posterior respecto al hecho principal –finalidad de utilizar o aprovechar el bien obtenido–. De esta relación funcional también se desprende que el injusto del hecho posterior puede ser visto como compensado si el autor es sentenciado por el hecho principal. Importante es siempre un análisis de los casos en concreto y, en ellos, reparar en las particularidades de cada tipo penal. La *finalidad de protección de la norma* y el *ámbito de protección* son aquí decisivos.

---

14 *Vogler*, LH-Bockelmann, p. 733, 734.

15 *Vogler*, LH-Bockelmann, p. 735.

III. Presupuestos

1. Los presupuestos de concurrencia del hecho posterior –que a la vez son presupuestos de impunidad– son tres: *primero*, el hecho posterior debe afectar el mismo bien jurídico que el hecho anterior; *segundo*, no debe causar nuevo daño o el daño ocasionado no debe ser ampliado cualitativamente; y, *tercero*, el objeto sobre el cual recae la acción del primer delito debe ser también el objeto del segundo delito. Adicionalmente, se debe indicar aquí que para la concurrencia del hecho posterior no es necesario que el autor haya tenido la intención de realizarlo ya en el momento en que se comete el hecho principal. Respecto a los presupuestos existe un amplio consenso en la doctrina[16], sin embargo, a la hora de analizar los casos en concreto suele presentarse disparidad de opiniones.

2. Sobre los presupuestos deben ser hechas tres consideraciones: *primero*, en razón a que el hecho posterior supone siempre la afectación del mismo bien jurídico, la falsificación posterior de un documento previamente apropiado no es más un hecho posterior y, por lo mismo, es punible[17]. Aquí están en relación dos bienes jurídicos distintos: de un lado el patrimonio y de otro la fe pública. *Segundo*, la prohibición de ampliación cualitativa del daño ocasionado no significa que el hecho posterior no deba intensificar el daño. La intensificación del ataque al bien siempre está presente en el hecho posterior[18] y esta intensificación significa siempre un menoscabo para la víctima. Lo que se valora es que el daño no adquiera una dimensión cualitativamente mayor. De esto se desprende que el comportamiento de quien después de haber hurtado un documento a la víctima, le causa un daño a través de un fraude, no será considerado más como un hecho posterior impune. *Tercero*, sobre el último presupuesto habría que hacer la siguiente precisión. La doctrina mayoritaria exige que la víctima del primer hecho lo sea también del segundo hecho; sin embargo, en la práctica se observa que si bien esto concurre regular-

16 Cfr. *Jescheck/Weigend*, AT, § 69 II 3a; *Geppert*, Jura 1982, p. 428; LK-*Rissing-van Saan*, vor § 52, n. marg. 153; *Warda*, JuS 1964, S. 92. *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I, § 18, n. marg. 18; SK-*Samson/Günther*, vor § 52, n.marg. 101; *Wessels/Beulke*, AT, § 17, n. marg. 795; Sch/Sch/*Stree/Sternberg-Lieben*, vor §§ 52 ff, n. marg. 131.

17 En este sentido *Jakobs*, AT, 31/36.

18 *Jakobs*, AT, 31/36.

mente, no sucede siempre[19]. Obsérvese únicamente los casos en los que el propietario de la cosa hurtada cede los derechos sobre la misma a un tercero. Esta circunstancia no cambiará en nada la impunidad del hecho posterior. Por ello es que exigimos como presupuesto la "identidad del objeto de la acción"[20] y no la identidad de la víctima.

3. Un aspecto de importancia es el relativo a la gravedad de los hechos. En la relación que guardan los tipos penales que concurren en el evento delictivo, la gravedad del hecho no es relevante para determinar la concurrencia de un hecho posterior impune. Es posible la concurrencia de un hecho posterior en constelaciones en las que el segundo delito es más grave que el hecho anterior[21]. En el supuesto en el que el autor de un hurto (Art. 185 CP) defrauda posteriormente a la víctima para evitar devolver el bien o pagar los daños y perjuicios causados (Art. 196,197 CP), el fraude de aseguramiento constituye un hecho posterior impune, pese a estar amenazado con una pena mayor[22].

IV. Constelaciones de relevancia

1. Un caso muy frecuente de *hecho posterior* es el llamado *fraude de aseguramiento*(*Sicherungsbetrug*)[23]. Se trata del engaño que se realiza para asegurar el beneficio obtenido mediante el hecho principal. El ladrón que habiendo caído en sospecha y ante el requerimiento del propietario evita entregar la cosa hurtada mediante engaño, indicando p.e. que él no tomó la cosa sino que en realidad fue otra persona, realiza una conducta de fraude o estafa. Mediante este engaño el autor aleja la pretensión de la víctima a reclamar la devolución del bien sustraído o a exigir el pago de una reparación. Aquí el daño causado es ampliado, pero no cualitativamente. El ladrón no causa un nuevo daño, sino asegura el beneficio obtenido por el hecho anterior. La sanción del hecho que configura el delito de hurto

19 En este sentido *Roxin*, AT II, § 33, n. marg. 220; *Jakobs*, AT, 31/36.

20 Cfr. *Roxin*, AT II, § 33, n. marg. 220.

21 MK-*Heintschel-Heinegg*, 2003, vor §§ 52 ff., n. marg. 60; *Maurach*, JZ 1956, p. 257 y s.; *Jakobs*, AT, 31/37; *Roxin*, AT II, § 33, n. marg. 226; *Jescheck/Weigend*, AT, § 69 II 3a.

22 En la doctrina alemana cfr. solo *Roxin*, AT II, § 33, n. marg. 226 y *Haft*, AT, 9. ed. 2004, p. 278.

23 Cfr. *Warda*, JuS 1964, p. 92; *Walter*, JA 2005, p. 469; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT § 18, n. marg. 18; *Kuhl*, AT, 5. ed. 2005, § 21, n. marg. 64; *Seher*, JuS 2004, p. 484; *Frister*, AT, 2006, 31/25.

(Art. 185 CP) compensa ya el contenido de injusto del fraude (Art. 196 CP) por lo que este permanece impune[24]. Según *Roxin*[25], también concurre un fraude de aseguramiento y por consiguiente un hecho posterior copenado cuando el ladrón luego de haber hurtado bienes en un supermercado, engaña a la cajera escondiendo los objetos al pasar por caja.

Los casos donde el autor, luego de haber obtenido el bien a través de un hurto o apropiación indebida, "asegura" el bien cometiendo p.e. una falsificación de documentos (Art. 427, 428 CP) –falsifica una factura o escritura pública para aparecer como legítimo propietario– no son más supuestos de hecho posterior impune, pues aquí se estaría afectando otro bien jurídico, a saber, la fe pública.

2. Los casos de *instigación a la receptación* son también supuestos de hecho posterior impune. Se trata de la acción del autor de instigar a otro a la compra de un bien del cual previamente se ha apoderado mediante un delito contra el patrimonio. Si bien se debe concluir que el autor del delito principal –mediante el cual se apoderó de los bienes– no puede ser autor del delito de receptación, sin embargo, sí puede ser instigador. El argumento: "si no se puede ser autor tampoco se puede ser partícipe" suena bien, pero no es aquí correcto. Lo mismo sucede en el ámbito de la participación en los delitos de funcionarios. El particular no puede ser autor de un delito de funcionarios, sin embargo, sí puede ser partícipe. Este tratamiento constituye doctrina dominante[26] y, además, ha sido asumido por la Corte Suprema de nuestro país[27] como criterio de solución.

Distinto es el caso de la venta de bienes de procedencia ilícita a terceros de *buena fe*. Aquí, el comportamiento no se considera un hecho posterior impune en razón a que la venta del bien constituye un fraude que afecta el bien jurídico de *otra* persona –se trata de un bien/objeto distinto, a saber, el patrimonio del tercero–. En la venta del bien a un tercero de buena fe estamos en realidad ante un concurso real[28]. Por ejemplo el con-

---

24 *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 11.ª ed. 2003, § 36, n. marg. 13; *Warda*, JuS 1964, p. 81 y ss.

25 *Roxin*, AT II, § 33, n. marg. 221.

26 Con detalles sobre la discusión en la doctrina cfr. *Abanto Vásquez*, Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, 2003, p. 48 y ss.

27 Res. R.N.N.º 1813-2003.

28 En este sentido *Roxin*, AT II, § 33, n. marg. 222; *Jescheck/Weigend*, AT, § 69 II 3a.

curso real de dos estafas –la estafa mediante la cual el autor se hace de los bienes ajenos (Art. 196 CP) y la estafa que significa el vender los bienes ajenos como si fueran propios a un tercero de buena fe (Art. 197 CP)–.

En la doctrina alemana, por razones que se desprenden de las particularidades de su regulación legal, los casos de venta del "botín" a terceros de *mala fe* también constituyen típicos hechos copenados –son los casos de venta de bienes sustraídos a un receptador–. Se trataría de una de las formas por las que el autor de un delito aprovecha el bien obtenido mediante el primer delito.

3. Otro supuesto típico de hecho posterior impune es el *uso de documento falso* que previamente se ha falsificado[29]. El uso del documento falsificado por parte del autor del delito de falsificación, constituye una forma de aprovechamiento de la posición alcanzada mediante el delito anterior. Nuestro legislador ha previsto en el Art. 427 CP dos conductas típicas distintas; de un lado, la falsificación de los documentos (primer párrafo) y, de otro, la utilización del mismo (segundo párrafo). Se trata pues de un *tipo mixto* donde las conductas típicas no pueden ser realizadas al mismo tiempo mediante un solo hecho. En este supuesto, la sanción de la falsificación compensa ya el injusto del delito de uso del documento falso, por lo que esta segunda acción debe resultar impune. Sin embargo, el uso posterior del documento no debe configurar un delito de estafa (Art. 196), pues, de lo contrario, estaremos ya ante la lesión de dos bienes jurídicos distintos.

4. El hecho posterior también juega un rol importante en los *delitos tributarios*. En este ámbito es frecuente que a la comisión del fraude fiscal le sigan comportamientos tendientes al aseguramiento de la posición alcanzada. Esto es lo que sucede cuando el autor omite presentar su declaración de impuestos dentro del plazo legal y, posteriormente, presenta una declaración de impuestos con datos falsos a fin de asegurar el beneficio obtenido. En este supuesto se pone de relieve que para la constatación de un hecho posterior no resulta relevante la forma de la exteriorización del hecho: de si la primera conducta constituye un delito de omisión y la segunda, uno de acción.

---

[29] *Villavicencio Terreros*, PG, n. marg. 1585, En España: *Bacigalupo*, PG, p. 421.; *Muñoz Conde*, PG, p. 657; *Queralt Jimenez*, PE, 3.ª ed. 1996, p. 527.

En esta misma dirección se orienta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Alemania. En reiteradas resoluciones ha declarado que la conducta de quien presenta declaración de impuestos con datos falsos constituye un hecho posterior copenado respecto de la conducta anterior de omisión de declaración de impuestos, "se trata de un hecho posterior mediante el cual se asegura el beneficio obtenido mediante un delito anterior"[30].

5. En la doctrina, se afirma la concurrencia de un hecho posterior impune en el comportamiento de quien después de hurtar o apropiarse de una cosa, la *daña o destruye*[31]. Se argumenta que el injusto del daño ya sería tenido en cuenta en la sanción del hurto. La acción de dañar el bien obtenido mediante el delito anterior, expresaría en igual medida el poder de dominio sobre el bien que el delito anterior implica o con términos de *Stree* y *Sternberg-Lieben*[32], el elemento típico "apropiación" comprende ya en forma subjetiva, al injusto del delito de daños.

Consideramos que son más razonables los argumentos que llevan a negar en estos casos la concurrencia de un hecho posterior impune. Aquí se debe sancionar el comportamiento que destruye el bien (en concurso real con el hecho principal)[33]. El criterio a tener en cuenta debe ser el "*sentido del hecho posterior*", luego, si el hecho posterior no tiene el sentido o finalidad de aprovechamiento de los bienes apoderados entonces no estamos más ante un hecho posterior impune. Más aún, la destrucción del bien configura un daño cualitativamente mayor al patrimonio de la víctima y por lo general ocasiona un daño distinto.

En esta línea, en la doctrina alemana, *Roxin*[34] es de la opinión que la destrucción o el daño de la propiedad ajena lesiona la propiedad en una manera distinta que su apropiación. Desde un punto de vista de me-

---

30 BGHSt 38, 368; 39, 235.

31 *Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga*, PG II, § 21, n. marg. 2527. En la doctrina alemana cfr. Sch/Sch/*Stree/Sternberg-Lieben*, vor §§ 52 ff, n. marg. 131; *Walter*, JA 2005, p. 469; *Seher*, JuS 2004, p. 484; SK-*Samson/Günther*, vor § 52, n. marg. 101; *Geppert*, Jura 1982, p. 428; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 36, n. marg. 13.

32 Sch/Sch/*Stree/Sternberg-Lieben*, vor §§ 52 ff, n. marg. 131

33 *Roxin*, AT II, § 33, n. marg. 224;*Jakobs*, AT, 31/35; *Jescheck/Weigend*, AT, § 69 II 3a. En España son de la misma opinión *Bacigalupo*, PG, p. 421. Diferenciando casos, *Krauß*, GA 1965, p. 179 y ss.

34 *Roxin*, AT II, § 33, n. marg. 224.

recimiento de pena, tampoco viene al caso la afirmación de un hecho posterior copenado. Pues el propietario de la cosa hurtada o apropiada tiene todavía la posibilidad de recuperar el bien sano y salvo. Mediante la destrucción o daño se elimina esta posibilidad.

6. Una de las constelaciones más discutidas en la teoría del hecho posterior es la referida a la "*apropiación*" como hecho posterior impune. Se trata de casos en los cuales el autor luego de apoderarse de un bien mediante un delito contra el patrimonio –p.e. hurto, fraude o apropiación indebida–, realiza un acto que implica el ejercicio de apropiación, p.e. utilización del bien en provecho propio. La cuestión debatida es si es posible admitir en el segundo hecho una acción de apropiación.

La discusión en la doctrina alemana surge por la particularidad de su tipo de apropiación (*Unterschlagung*) previsto en el § 246 StGB[35]. Para la doctrina dominante[36] es posible que el autor, en un momento posterior, se apropie del bien del que previamente se ha apoderado mediante un delito contra el patrimonio. Este segundo hecho sería un acto de apropiación que con relación al primer hecho constituiría un hecho posterior impune. Así, beber el vino después de haberlo hurtado[37] y vender el auto después de haberse apoderado de él, constituirían supuestos de "apropiación" y por lo mismo, hechos posteriores impunes. Esta corriente doctrinaria fundamenta su postura, indicando que el *animus* de apropiación ejecutado en el primer hecho –mediante el cual se obtuvo ilícitamente la posesión del bien– no tiene como resultado la apropiación, sino únicamente la posesión. El bien sigue siendo de propiedad de la víctima. Luego, mediante la segunda acción, p.e. el consumo del vino, se ejecuta nuevamente la acción y la voluntad de apropiación.

La doctrina del Tribunal Supremo alemán se orienta en dirección opuesta. Para el BGH el segundo hecho no constituye un "acto de apropiación" puesto que no existiría realmente dicho acto. La jurisprudencia, ya desde los tiempos del Reichsgericht (1887), ha sentenciado que el autor que se ha apoderado del bien mediante un hecho punible, ha

---

35 El § 246 StGB prescribe: "Quien se apropie antijurídicamente de una cosa mueble ajena o la adjudique a otro, será castigado..."

36 *Jakobs*, AT, 31/36; *Seher*, JuS 2004, p. 484; *Walter*, JA 2005, p. 469; Cfr. *Baumann*, NJW 1961, p. 1141, *Bockelmann*, JZ 1960, p. 621, *Schröder* JR 1960, p. 305.

37 *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 36, n. marg. 13; *Walter*, JA 2005, p. 469.

ejecutado también mediante el mismo hecho la voluntad de apropiación. El carácter jurídico de este hecho punible no puede ser ya modificado por otros ejercicios de voluntad de apropiación. Luego, no puede concurrir otra apropiación indebida de la cosa que el autor se apropió ya mediante el hecho delictivo anterior (hurto, estafa, extorsión).[38] Esta doctrina es reiterada en una decisión más moderna del BGH[39]. Aquí, se subraya que está excluida ya conceptualmente, la posibilidad de reiteradas apropiaciones de la misma cosa luego de haberse consumado una primera apropiación. Luego no concurrirá una acción típica y antijurídica cuando se realizan otras manifestaciones adicionales de dominio sobre la cosa, por lo mismo no concurrirá –ya por razones conceptuales– un hecho posterior. O dicho en sentido inverso, la apropiación indebida presupone, por exigencias del tipo, que el autor no se haya apoderado de la cosa ajena ya antes, mediante un acto delictivo (hurto, robo, extorsión, estafa de posesión). *Roxin* señala refiriéndose a la decisión del BGH, que el razonamiento principal sería que no es posible adjudicarse puniblemente una cosa dos veces.[40]

La postura del BGH es compartida por un sector de la doctrina[41]. Basados en la premisa del hecho posterior como acto ilícito pleno, se rechaza la concurrencia de un hecho posterior copenado cuando el autor ejecuta un simple acto de renovación de voluntad de dominio. Quien se apropia de un bien mediante un robo no puede luego apropiarse nuevamente del mismo bien[42]. Esto porque la simple actividad renovada de la voluntad de dominio no puede ser ninguna apropiación.

La discusión de esta problemática en Alemania está abierta y, en modo alguno, puede decirse que existe una solución final. Así, se observa que la postura del BGH y de la doctrina que se alinea con ella se enfrentan a no pocas objeciones. Así tenemos, que esta postura llevaría a la impunidad de hechos sobre los que recae plena y legítima necesidad de pena cuando el hecho anterior no pueda ser penado. Es más, el BGH entraría en contradicción con sus propios postulados, pues él es justamente el

38 RGSt. 15, 426, 428; RGSt. 22, 309; 42, 422.

39 BGHSt 14, 38, 43. cfr. también BGHSt. 16, 280, 282.

40 *Roxin*, AT II, § 33, n. marg. 225.

41 *Stratenwerth/Kuhlen*, AT § 18, n. marg. 18.

42 BGHSt 14 38, 43, 45

abanderado entre quienes postulan la obligación de recurrir a la sanción del hecho posterior cuando el hecho principal no pueda ser sancionado. Esto es evidente, pues considerar como hecho posterior copenado a un comportamiento que no sea típico, antijurídico y culpable traería serias contradicciones cuando el hecho anterior no pueda ser penado y cuando se deba recurrir a la sanción del hecho posterior[43].

En el Derecho nacional, la solución de esta problemática toma otro carácter. Atendiendo a la forma en que nuestro legislador ha regulado el delito de apropiación ilícita –nuestra regulación exige que el autor se encuentre en posesión lícita del bien o que lo posea por cualquier causa independiente de su voluntad, como el caso fortuito, error, etc. (Arts. 190, 192, 193 CP)–, debe descartarse la posibilidad de una apropiación indebida como hecho posterior al delito de hurto, estafa u otros delitos contra el patrimonio.

V. Problemas de participación

1. Los problemas de participación que se presentan en este ámbito se deben siempre a que están en juego por lo menos dos hechos, uno anterior y el otro posterior. Debido a ello surgen cuestiones sobre si es posible la participación en el hecho posterior impune. Dado que el hecho posterior impune es una acción plenamente autónoma, que es típica, antijurídica y cometida culpablemente, consideramos que es posible la participación en él[44]. El partícipe, instigador o cómplice, no precisa haber intervenido en el hecho principal; basta que lo haga en el hecho posterior. Así, es posible la participación en el fraude que el autor comete para asegurar el botín obtenido mediante un hurto previo.

La cuestión de la tipicidad o atipicidad del hecho posterior tiene pues consecuencias de relevancia en el ámbito de la participación. Así, una contribución en el aseguramiento, utilización o aprovechamiento del bien que el autor se apoderó ilícitamente lleva a diferentes resultados. De

---

43 En sentido similar ver la crítica de *Otto*, Jura 1994, p. 277.

44 En la doctrina comparada se admite casi unánimemente la posibilidad de la participación en un hecho posterior impune, cfr. MK-*v. Heinschel-Heinegg*, vor §§ 52, n. marg. 74; LK-*Rissing-van Saan*, vor § 52, n. marg. 161; *Jeschek/Weigend*, AT, § 69 II 3a; *Roxin*, AT II, § 33, n. marg. 246; *Geppert*, Jura 1982, p. 429; *Tröndle/Fischer*, vor § 52, n. marg. 66; SK-*Samson/Günther*, vor § 52, n. marg. 101.

un lado, si se afirma la tipicidad en el hecho posterior, entonces la contribución será considerada como *participación* en el delito que se configure (apropiación indebida, receptación o fraude). En cambio, si se afirma que el hecho posterior no constituye un acto típico, entonces la contribución será calificada únicamente como receptación a título de *autoría*.

VI. Consecuencias jurídicas

1. La consecuencia jurídica de la constatación de un *hecho posterior* es que este permanecerá impune, de sancionarse el primer hecho. Por lo mismo, el tenor de la sentencia –título de imputación– contendrá solamente el tipo penal que realiza el primer hecho. El tipo en el que se subsume el hecho posterior no será mencionado.

En la práctica es frecuente que en esta relación concursal el hecho principal no pueda ser sancionado. Aquí surge la cuestión de si debe dejarse impune también el hecho posterior o puede recurrirse a su sanción. La posturas tradicionales van por un camino totalizador; por un lado, de dejar siempre sin pena al hecho posterior cuando concurran impedimentos que obstaculicen o cierren la posibilidad de sancionar el hecho principal[45] y, por otro lado, de sancionar siempre el hecho posterior[46] –sin excepciones ni diferenciaciones–. En esta línea, el BGH ha señalado en reiterada jurisprudencia, que en caso no recaiga pena por el hecho principal desaparece el fundamento de la impunidad del hecho posterior, esto sin importar la razón por la cual el hecho principal quede libre de pena[47].

Un sector de la doctrina presenta una propuesta de solución diferenciada en base a si concurren impedimentos materiales o procesales. Luego, existe un amplio acuerdo[48] en que si se presentan impedimentos de *derecho material* que obstaculizan la sanción del hecho principal, entonces adquiere vigencia la punibilidad del hecho posterior. Son casos

45 Cfr. *Jescheck/Weigend*, AT, § 69 II 3a.

46 En esta dirección la doctrina jurisprudencial del BGH, cfr. BGHSt. 38, 366, 369.

47 BGHSt. 38, 366, 369.

48 Cfr. *Geppert*, Jura 1982, p. 429; *Roxín*, AT II, § 33, n. marg. 234; LK-*Rissing-van Saan*, vor § 52, n. marg. 162; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 36, n. marg. 5; *Maurach/Gössel/Zipf*, § 56, n. marg.44; *Blei*, AT, 1983, § 96 I 3c; Sch/Sch/*Stree/Sternberg-Lieben*, vor §§ 52 ff, n. marg. 135; *Jakobs*, AT, 31/37; SK-*Samson/Günther*, vor § 52, n. marg. 102.

donde el primer hecho es atípico, justificado o disculpado; p.e. cuando el autor con la finalidad de socorrer a un herido –llevándolo a un hospital– se apropia de un auto, pero posteriormente, ya pasado el estado de necesidad, lo sigue utilizando. Igualmente, si el hecho principal *no pude ser probado*, pero sí el hecho posterior, entonces puede recurrirse al hecho posterior para su sanción[49] (*pospendencia* de relevancia concursal). Como lo ha señalado *Hruschka*, en un importante trabajo[50] sobre la lógica y dogmática de las sentencias, si de los dos hechos con relevancia penal, existe inseguridad sobre la realización del hecho anterior, pero existe seguridad sobre el hecho posterior, se debe sancionar al autor por el hecho posterior (*Postpendenzfeststellung*).

A diferencia de los casos en los que se presentan impedimentos de carácter material –donde la doctrina es mayoritaria–, en el caso de *impedimentos procesales* existe un debate abierto sobre si procede o no recurrir a una sanción del hecho posterior. Por ejemplo, ante la presencia de prescripción o, en los delitos perseguibles a instancia de parte ante la falta de la querella que impiden la sanción del hecho principal. Parte de la doctrina considera que aquí, al igual que frente a los impedimentos materiales, se debe proceder a la sanción del hecho posterior. El fundamento sería que la impunidad del hecho posterior se fundamenta en que el contenido del injusto que posee es compensado con la sanción del hecho principal. Si no se sanciona el hecho principal, entonces desaparecería la razón de impunidad del hecho posterior. Es aquí donde cobra sentido la expresión "hecho posterior *copenado*". Así, p.e. cuando el hecho principal prescribe, según este sector debería procederse a la sanción del hecho posterior[51].

Para otro sector de la doctrina la concurrencia de impedimentos procesales que no permiten la sanción del primer hecho impiden también la sanción del hecho posterior[52]. Fundamentan su posición indicando que

---

49 SK-*Samson/Günther*, vor § 52, n. marg. 102; *Geppert*, Jura 1982, p. 429; *Wolter*, GA 1974, p. 161; *Küper*, FS-Lange, p. 75 y s.; *Hruschka*, JZ 1970, p. 637, 640, 641; SK-*Rudolphi*, 1998, § 55, n. marg. 25.

50 *Hruschka*, JZ 1970, p. 637 y ss.

51 NK-*Puppe*, 2. ed. 2005, vor § 52, n. marg. 34 y s. *Kohlmann*, JZ 1964, p. 492, 493, 494; *Wessels/Beulke*, AT, § 17, n. marg. 796; *Roxin*, AT II, § 33, n. marg. 239;*Hruschka*, NJW 1960, p. 1189, 1190; *Walter*, JA 2005, p. 469; *Tröndle/Fischer*, vor § 52, n. marg. 64, 65

52 *Blei*, AT, § 96 II 3c; SK-*Samson/Günther*, vor § 52, n. marg. 102; *Jescheck/Weigend*, AT, § 69 II 3a; *Stree*, JZ 93, p.476;

ambos hechos constituirían una unidad valorativa en la cual el primer hecho constituye el ataque principal a la esfera jurídica ajena, este sería el objeto principal de la desvaloración de todo el hecho. El hecho posterior, por el contrario, solo constituiría una intensificación o ampliación del ataque anterior. Sin embargo, esta concepción que le atribuye cualidades "exclusivas" al hecho principal incurre en contradicciones sistemáticas y se aparta de una de las premisas básicas, se olvida que el hecho posterior es una acción antijurídica autónoma.

Consideramos que el recurso al hecho posterior no debe hacerse en función de si concurren impedimentos "procesales" o "materiales".[53] En la medida en que ambos hechos –el anterior y el posterior–, constituyan hechos típicos autónomos, recurrir al hecho posterior es correcto cuando se presenten tanto impedimentos materiales como procesales. Así, es legítimo recurrir a la sanción del hecho posterior, cuando el hecho principal haya prescrito. Por lo demás, la impunidad del hecho posterior presupone siempre, necesariamente, una efectiva sanción del primer hecho, por lo que es legítimo una sanción del hecho posterior cuando no se sanciona el primer hecho. Sin embargo, debe admitirse una excepción. Esta excepción se producirá cuando mediante el recurso al hecho posterior se afecte un *privilegio contenido en el impedimento*[54].De este razonamiento se desprende que no es permitido el "recurso al hecho posterior" en supuestos donde concurra amnistía para el primer hecho.

VII. Consideración final

El *hecho posterior impune* tiene relevancia en constelaciones de importancia práctica, sus supuestos son objeto de decisión diaria por los tribunales de justicia; sin embargo, paradójicamente es uno de los temas más descuidados por la doctrina. Se precisa pues en este ámbito una intervención de la ciencia que teorice la problemática y racionalice las soluciones. La presente contribución constituye un esfuerzo en esta dirección.

FIN DE LA OBRA

53 En sentido similar *Geppert*, Jura 1982, p. 429, quien habla de un privilegio contenido en la ley anterior. Cfr. también *Schmidhäuser*, AT, 2.ª ed. 1975, 18/33.

54 *Geppert*, Jura 1982, p. 429.

Índice Analítico

Acuerdo Plenario N.º 03-2012/CJ-116, 17 y ss.

Anticorrupción. Véase *Corrupción de funcionarios (Imprescriptibilidad de los delitos de); Marco Normativo Nacional Anticorrupción.*

Autor, 121.

Autor detrás del autor

Preliminares, 159.

Desarrollo y estado actual, 159.

Fundamentación de la estructura dogmática "—", 161.

Posturas disidentes, 165.

"Principio" de responsabilidad, 165.

El concepto de "autonomía" (Köhler, Meyer, Renzikowski), 167.

El concepto de "responsabilidad" (Schumann, Zieschang), 171.

La doctrina jurisprudencial, 174.

La doctrina de la Corte Suprema Federal de Alemania, 174.

La doctrina de la Corte Suprema del Perú, 177.

Autoría, 113.

Autoría mediata en el delito de usurpación de funciones

Preliminares, 181.

La postura dogmática de la Corte Suprema, 182.

— en virtud de dominio por coacción, 186.

— en virtud de dominio por organización, 188.

Valoración final del caso Fujimori, 197.

Lineamientos de la doctrina jurisprudencial sobre la — en virtud de dominio por organización, 197.

El caso de la sentencia Fujimori, 181 y ss.

Autoría mediata en virtud de dominio por organización. Véase *Autoría mediata por organización.*

Autoría mediata por organización

Preliminares, 143.

Origen, desarrollo y consolidación de la teoría de la —, 144.

La — en la jurisprudencia, 146.

La concepción de la Corte Suprema del Perú sobre la —, 149.

Consideraciones sobre la fundamentación de la — realizada en la sentencia Fujimori, 150.

La fundamentación de la —, 156.

El caso de la sentencia Fujimori, 143 y ss.

Doctrina de la "disposición al hecho". ¿Fundamento de la —?, 201 y ss., 221 y ss.

La necesidad del mantenimiento del núcleo duro de la teoría del dominio por organización, 236.

Código Penal

Artículo 80, 61 y ss.

Artículo 384, 55.

Artículo 400, 55.

Artículo 411, 77 y ss.

Código Procesal Penal de 2004, 17 y ss., 91 y ss.

Colusión, 55.

Corrupción de funcionarios (Imprescriptibilidad de los delitos de)

Aspectos generales, 33.

Marco normativo actual sobre la prescripción de los delitos de —, 35.

Reglas generales, 35.

Regla especial para delitos contra el patrimonio del Estado, 36.

La tesis de la imprescriptibilidad de los delitos de —, 39.

Lo insostenible de la imprescriptibilidad, 41

Delitos de lesa humanidad y delitos de —, 42.

Afectación a los principios de igualdad y proporcionalidad, 43.

Los peligros de abrir la puerta de la imprescriptibilidad, 44.

Propuesta de solución, 45.

Véase también *Marco Normativo Nacional Anticorrupción*; *Prescripción (en los delitos contra la administración pública)*.

Delito contra el patrimonio del Estado, 36.

Delito de colusión. Véase *Colusión*.

Delito de corrupción de funcionarios. Véase *Corrupción de funcionarios*.

Delito de falsa declaración en procedimiento administrativo

Preliminares, 77.

Consideraciones sobre el bien jurídico protegido, 78.

Comportamiento típico, 80.

El procedimiento administrativo, 80.

Primer elemento específico: hacer una falsa declaración, 83.

La declaración debe versar sobre hechos o circunstancias que le corresponde probar al administrado 84.

Violación de la presunción de veracidad establecida por ley, 84.

Dolo, 88.

Consideraciones sobre los sujetos del delito, 89.

Delito de lesa humanidad. Véase *Lesa humanidad (Delitos de)*.

Delito de tráfico de influencias. Véase *Tráfico de influencias*.

Delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de cargo o función, 56.

Delitos contra la administración pública. Véase *Corrupción de funcionarios (Imprescriptibilidad de los delitos de)*; *Prescripción (en los delitos contra la administración pública)*.

Delitos de infracción de deber. Véase *Infracción de deber.*

Disposición al hecho. Véase *Doctrina de la "disposición al hecho".*

Doctrina de la "disposición al hecho"

Preliminares, 201.

La concepción de Roxin, 202.

La —, 206, 224.

¿Fundamento del dominio por organización?, 209.

Fundamentos irrenunciables de la teoría del dominio por organización, 210.

Crítica a la "—", 213.

¿Debe fundamentarse la "autoría mediata en virtud de dominio por organización" en la —?, 221 y ss.

¿Fundamento del dominio por organización?, 229.

Dominio del hecho, 122.

***Extranei* (Partícipes)**

Aplicación de la regla especial de prescripción del art. 80° *in fine* CP a los —, 61 y ss.

La solución del problema no puede fundamentarse en el "argumento de literalidad", 66.

La teoría de la "unidad del título de imputación" no ayuda a la solución del problema, 67.

Distinción entre funcionarios públicos y —, 68, 73.

Falsa declaración, Véase *Delito de falsa declaración en procedimiento administrativo.*

Fujimori (Sentencia), 143 y ss., 181 y ss., 221 y ss.

Funcionario público

Concepto penal de —, 54.

Extranei y —, 68, 69, 73.

Véase también *Corrupción de funcionarios (Imprescriptibilidad de los delitos de); Prescripción (en los delitos contra la administración pública).*

"Hecho posterior" impune en el Derecho penal

Preliminares, 265.

Sistemática y fundamento, 266.

Presupuestos, 270.

Constelaciones de relevancia, 271.

Problemas de participación, 277.

Consecuencias jurídicas, 278.

Consideración final, 280.

Igualdad. Véase *Principio de igualdad.*

Imprescriptibilidad. Véase *Corrupción de funcionarios (Imprescriptibilidad de los delitos de).*

Infracción de deber

Preliminares, 107.

El problema, 108.

Surgimiento y desarrollo de la teoría de los delitos de —, 110.

Concepción personal, 113.

La — especial como criterio de la autoría, 113.

El deber que fundamenta la autoría es un deber penal especial, 115.

La consolidación de un nuevo concepto de autor, 121.

La irrelevancia del dominio del hecho en los delitos de —, 122.

La irrelevancia de la forma de comisión, 122.

Distinción entre delitos especiales y delitos de —, 123.

Diferencia entre infracción de la norma (general) e — (especial), 126.

Lesa humanidad (Delitos de), 42.

Marco Normativo Nacional Anticorrupción

Estado actual y propuestas para su consolidación, 49 y ss.

Consideraciones previas, 49.

Marco normativo que regula la respuesta penal a la corrupción, 51.

Medidas legislativas pendientes para consolidar el —, 53.

Concepto de funcionario público, 54.

Tipificación del comportamiento del interesado en el delito de colusión, 55.

Tipificación del comportamiento del interesado en el delito de tráfico de influencias, 55.

La ampliación de los plazos de prescripción de los delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso de cargo o función, 56.

Véase también Corrupción *de funcionarios (Imprescriptibilidad de los delitos de).*

Prescripción

— en el Código Procesal Penal de 2004, 17 y ss., 91 y ss.

— según el Acuerdo Plenario N.º 03-2012/CJ-116, 17 y ss.

Suspensión de la —, 17 y ss., 91 y ss., 94, 97.

Interrupción de la —, 91 y ss., 94 y ss., 103.

Concepción personal sobre la prescripción en el artículo 339.1 NCPP, 21, 26.

Sobre la necesidad de un plazo razonable para la suspensión de la —, 28.

— en los delitos de corrupción de funcionarios, 35.

Aplicación de la regla especial de — del art. 80º in *fine* CP a los partícipes *extranei*, 61 y ss.

La — en el ordenamiento jurídico, 92.

Prescripción (en los delitos contra la administración pública)

Preliminares, 129.

Reglas generales, 130.

Reglas especiales de — en contra del patrimonio del Estado, 133.

Ámbito de aplicación de la regla especial de —, 135.

Consideraciones finales, 140.

Véase también Cor*rupción de funcionarios (Imprescriptibilidad de los delitos de)*; *Prescripción*.

Principio de igualdad, 44.

Principio de proporcionalidad, 43.

Teoría de la unidad del título de imputación, 67.

Tráfico de influencias, 55.